This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 061 963 898

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 9 1908

Digitized by Google

Digitized by Google

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

TOMO 82

Digitized by Google

ES PROPIEDAD

Quedan reservados
todos los derechos que marca
la ley.

Digitized by Google

3767

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

FUNDADA POR

D. JOSÉ REUS Y GARCÍA

DIRECTOR

Excmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO

AÑO CUADRAGÉSIMOPRIMERO

TOMO 82

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
á cargo de J. M. Sardá
Ronda de Atocha, 15, centro

1898

Digitized by Google

OCT 9 1908

Digitized by Google

Digitized by Google

DOÑA CONCEPCIÓN ARENAL

Digitized by Google

DOÑA CONCEPCIÓN ARENAL

Los suscritores de esta REVISTA no se sorprenderán seguramente de encontrar en ella el retrato de una mujer, porque tendrán muy presente en su memoria que en las páginas de aquélla han aparecido interesantes trabajos de esa señora sobre *asuntos penitenciarios* y el notabilísimo titulado *La gracia de indulto ante la justicia*, y que en nuestra *Biblioteca jurídica de Autores españoles* figura el *Ensayo sobre el derecho internacional* de la ilustre escritora. Juzgando por esas obras, conocidas de nuestros abonados, podrán apreciar el mérito de los *Estudios penitenciarios*, de las *Cartas á un obrero* y *Cartas á un señor*, y de otras varias que tienen por objeto asuntos jurídicos. Tal vez ocurra á alguien pensar que se ensalza el valor de los trabajos de esa índole de la Señora de Arenal, por ser muy raro que una mujer se ocupe en tales materias, y que aquéllas se elogiarían menos si fuesen debidos á la pluma de un varón. Precisamente sucede todo lo contrario. Si la autora fuera autor, habría sido conocida por todos, y se la habría proclamado el primer criminalista, el primer escritor de derecho internacional, el primer sociólogo de España. ¿Parece exageración? Pues que se nos cite el nombre de quien pueda ponerse, en cualquiera de esos órdenes, delante de Doña Concepción Arenal.

Lo que pasa es, que no sólo la gente ha estado poco dis-

Digitized by Google

puesta á creer que una mujer tuviera aptitud para ocuparse con fruto en *estas cosas*, sino que el carácter, el género de vida y las condiciones todas de la persona han hecho que fuera para muchos desconocida ó tenida por una literata más, y sólo por muy pocos apreciada en todo lo que valía. No hay que olvidar que, en nuestro país, la notoriedad no se alcanza sino mediante estos dos vehículos: la política y la literatura; y además, que Doña Concepción Arenal hizo, en vida, sudar mucho á *las prensas*, pero nada á *la Prensa*.

De aquí un fenómeno extraño: sus trabajos y sus escritos eran más conocidos y estimados por los extraños que por los propios. El Sr. Giner de los Ríos remitió á Röder los *Estudios penitenciarios* de la escritora insigne, y el célebre criminalista alemán escribía al Profesor de la Universidad de Madrid, que estaba el libro á la altura de los mejores que se habían publicado en Europa.

El doctor norteamericano Wines, que presidió el Congreso penitenciario de Stokolmo, en una de sus obras magistrales, inserta un capítulo, que es obra de la escritora genial, y á la vez que tributa á ésta merecidos elogios, declara que es en esas materias una autoridad europea. En 1879, publicó esta REVISTA el trabajo sobre *La gracia de indulto ante la justicia*, y cuando había aparecido la primera parte, escribió al que redacta estas líneas el Director, D. Emilio Reus, preguntándole si saldría pronto la segunda, y deseaba saberlo, porque había recibido una carta del Profesor de la Universidad de Basilea, Feichmann, en la que expresaba su vivo anhelo de conocer el resto de ese trabajo, del cual hacía cumplidos elogios. Finalmente, es cosa sabida que en todos los Congresos penitenciarios los trabajos de Doña Concepción Arenal eran recibidos con una singular estimación, y que gozaba aquélla de una autoridad excepcional.

Tenía un conjunto de circunstancias, que hacía de ella una personalidad saliente, genial. De un lado, poseía un espíritu con todas las energías del hombre y un corazón con todas las

Digitized by Google

delicadezas de la mujer. Lo primero se refleja en sus escritos, todos llenos de nervio, y en su estilo conciso y expresivo; lo segundo, en sus obras, en sus cuidados incesantes por los pobres, los presos, los desgraciados. Luego si los libros revelan lo que fué su inteligencia y las obras lo que fué su sentimiento, la firmeza de su voluntad la proclaman su trabajo incesante, teórico y práctico, luchando con la enfermedad y con las contrariedades de la vida, y compartiendo su tiempo entre las atenciones propias de la escritora y las propias de un ama de casa que cosía y zurcía medias.

Hallábanse también armonizadas en ella estas dos tendencias que, por lo general, se enseñorean, ya la una, ya la otra, en los espíritus: la idealista y la práctica. De una parte, nada la detenía cuando se trataba de sostener aspiraciones generosas, por mucho que se alejaran de la realidad presente; y de otra, sus fuentes de conocimiento no eran los libros: eran su pensamiento y esa misma realidad, de la cual sacaba enseñanzas y argumentos, lo mismo para dejar caer el látigo de su severa crítica sobre los *señores* que no cumplen sus deberes sociales, que para desvanecer las ilusiones de los *obreros* sobre planes de reforma social.

De tal conjunto de circunstancias resultaba una de las condiciones más característica de los trabajos de la insigne escritora: *la originalidad*. Siempre la echó de ver el que escribe estas líneas en todo cuanto la Señora de Arenal daba á la estampa; pero nunca tanto como cuando corregía las pruebas del *Ensayo sobre el derecho de gentes*. Cúpole el honor de escribir la introducción de que va precedido, para lo cual hubo de consultar no pocos libros de los que se ocupan en el derecho internacional, en ninguno de los cuales halló lo mucho, bueno y nuevo que encontró más tarde en las *Observaciones* críticas con que termina cada uno de los capítulos de aquél, y más aún en la última parte, que es sin duda la más notable, por la penetración y la novedad con que se investigan las causas del atraso del *Derecho de gentes* y lòs medios que deben emplearse para

Digitized by Google

hacer que responda á las exigencias formuladas hoy, no sólo por la ciencia, sino por la conciencia pública.

Y hagamos aquí punto á esta breve y sencilla nota. Más adelante será ocasión oportuna de escribir una verdadera biografía y de examinar despacio el contenido, sentido y valor de lo mucho y bueno que en materias jurídicas y sociológicas escribió la eximia escritora, por cuya muerte están de luto la Ciencia y la Patria.

G. DE AZCÁRATE.

Digitized by Google

INFLUENCIA DEL DESCUBRIMIENTO Y CONQUISTA DE AMÉRICA

EN EL DERECHO INTERNACIONAL *

(Conclusión)

II

Aunque en el sistema colonial de España, á diferencia del seguido en Holanda é Inglaterra, sea tan visible como persistente el interés de dominación ó político (1), no por eso llega á borrarse el aspecto económico ó mercantil que toda colonización ofrece, y ese es el motivo de que, resuelta la cuestión de soberanía suscitada por el descubrimiento de América, se planteara inmediatamente otro problema más directamente enlazado con la relación privada ó de propiedad.

Había ofrecido el Almirante á los monarcas españoles almas que conquistar para la religión católica, tierras donde extender la dominación de Castilla, un nuevo camino en los mares, y además inmensos tesoros é incalculables riquezas. Y fué tal el empeño que se mostró en que esta promesa final fuera cumplida, tantos los deseos de Colón de hacer palpables la utilidad y provecho de sus descubrimientos, que en cada nueva isla que veía y en cada tierra que pisaba dirigió su primer pregunta á averiguar el paradero del oro, hasta el punto de que llegaron los indígenas á creer fuese el oro el dios que adoraban los españoles.

Esta natural aspiración de reintegrar los grandes desembol-

---

* Véase la pág. 465 y siguientes del tomo 81 de la REVISTA.

(1) Véase Labra, *Historia política contemporánea. Introducción.* Madrid, 1879, página 50.

Digitized by Google

sos que al Tesoro público exigía la empresa del descubrimiento, y este deseo, legítimo también, de encontrar en el Nuevo Mundo, á la vez que una prolongación de los dominios españoles, una fuente de lúcro, hizo pensar en la explotación de aquellas tierras y en obtener así, por medio del comercio, de la minería y agricultura, toda clase de rendimientos.

Para justificar este empeño sobraban motivos, sobre todo atendidos los principios jurídicos que entonces eran universalmente aceptados. Aparte de toda concesión pontificia mejor ó peor entendida, aparte de toda negación sistemática del derecho de los habitantes de América, aparte de toda cesión, compra ú ocupación de cosa *nullius*, la tradicional confusión de la propiedad y la soberanía adjudicaba la primera á quien había adquirido la segunda (1), y además los usos de la guerra permitían el despojo y aun, en ciertos casos, la esclavitud de los vencidos.

Por eso, la ambición creciente de los colonizadores no se detuvo en los límites de la mera adquisición de bienes materiales. Como observa un escritor moderno, para cultivar el suelo más fecundo, para explotar las minas más abundantes, necesítase otro elemento de riqueza que la tierra no suministra, necesítase el trabajo del hombre; y como los españoles no se sentían con la fuerza ni con la voluntad necesarias para desempeñar por sí mismos esa tarea, indispensable para utilizar sus conquistas; como la experiencia demostró muy pronto que no bastaba sacar de las prisiones obreros europeos para colonizar á América, todas las miradas se fijaron en los indígenas, impúsoseles el trabajo forzoso, y quedaron convertidos en instrumentos vivos de cultivo y explotación coloniales (2).

---

(1) En la época del descubrimiento de América, sin embargo, ya hay escritores que distinguen entre lo referente á la propiedad y á la soberanía, entre el dominio privado y público, que dice Vitoria.

(2) Véase Cauchy, *Le droit maritime international considéré dans ses origines et dans ses rapports avec les progrès de la civilisation*. Paris, 1862, tomo 1.°, páginas 406 y siguiente.

Digitized by Google

Mas este abuso, para gloria de España, no pasó sin protesta, y la noticia de los sufrimientos del indio despertó ecos de compasión y arrancó gritos de dolor al otro lado de los mares.

Generosos sentimientos de humanidad, nunca bien alabados, devolvieron la libertad á los esclavos que Colón traía, inspiraron las instrucciones que aquél recibió de los Reyes, y tuvieron, además, solemne expresión en el memorable testamento de Isabel I; pero, por encima de todos estos rasgos de caridad cristiana, que tan alto colocan en la historia el nombre de la Reina Católica, y entre tantos otros no menos dignos de mención, aunque sí más oscurecidos por el olvido que rodea á sus autores, descuella la cruzada inolvidable que emprendieron los dominicos españoles en América, y en la cual, á su vez, se destaca como figura de primer orden la del insigne hijo de Sevilla Fray Bartolomé de las Casas.

Aquel hombre, apellidado por sus contemporáneos *Apóstol de las Indias*, y á quien un religioso del siglo XVI comparó con San Pablo (1), tuvo como Saulo su conversión y, si no en las alturas, oyó dentro de sí, al meditar en los sagrados libros, la misteriosa voz que le llamaba á abandonarlo todo, para buscar el bien de sus hermanos.

Fué su vida perpetua lucha, con breves intervalos de tranquilidad y de calma. Para seguir las inspiraciones de la propia conciencia y adquirir la necesaria autoridad en la predicación, comenzó renunciando á los indios cuyo trabajo había explotado; condenó después con todo el calor de su elocuencia la conducta de los españoles; llegó con sus quejas á las gradas del trono; contendió valientemente en el Consejo de Indias; arrolló oposiciones como las de Fonseca y Fr. Juan de Quevedo; agitó á los predicadores del Rey; combinó planes; sufrió derrotas, y llevó su propaganda incansable de un continente á otro, según

(1) Fr. Agustín Dávila Padilla, en la *Historia de la provincia de Santiago de México, de la Orden de los Predicadores.*

Digitized by Google

lo aconsejaban las mudables exigencias de aquel empeñadísimo combate.

La vehemencia de su alma apasionada condújole, á veces, á la exageración, pero era noble y santa la causa que defendía; la sencillez de su espíritu degeneró en credulidad, pero había presenciado incalificables abusos; la constancia de su carácter tocó los límites de la obstinación, pero el mal tenía hondas raíces y era preciso combatir sin tregua; equivocóse en ocasiones, pero supo reconocerlo; sonó á procacidad la franqueza de su palabra, pero teníalo excitado la contradicción, y además fustigaba por igual á todos, sin perdonar al amigo, ni atenuar las propias flaquezas.

Su obra, desinteresada y generosa, mitigó considerablemente los males que los indios sufrían; hallaron acogida sus proyectos en el Gobierno español y, al fin y al cabo, terminó la servidumbre de los naturales de América, disponiendo el Emperador Carlos V que ni aun en justa guerra se los pudiese hacer esclavos.

Mas he aquí que con el remedio de un mal coincide la exacerbación de otro más grave, y que la esclavitud de los indios es reemplazada por la trata de negros.

Ciertamente no fué esta última una invención de los españoles, pues que, antes de descubrirse América, comerciaban los portugueses con los naturales de Guinea; ni tampoco, como quieren algunos, fué Bartolomé de las Casas quien inició el tráfico negrero en las Antillas, porque antes de toda gestión de aquél recibió Ovando y condujo Díego de Nicuesa esclavos negros, por orden del Gobierno español (1).

Pero, en cambio, fuerza es reconocer, de una parte, lo que España hizo para que la trata se extendiera, hasta adquirir extraordinarias proporciones y, de otra, lo que contribuyó Las Casas, por lamentable inconsecuencia de su espíritu, á que

(1) Véase Quintana, *Vidas de los españoles célebres*, edición de la *Biblioteca clásica*. Madrid, 1879, tomo 2.°, pág. 451.

Digitized by Google

la esclavitud de los negros arraigara en el Nuevo Mundo.

Toda la diferencia que hay entre el descubrimiento de América y los demás que, en su tiempo, le preceden y siguen, y todo cuanto exceden en importancia y magnitud las colonias españolas á las de los restantes países, todo eso se traduce en desproporción entre la trata patrocinada por España y la exclusivamente alentada por otros Estados europeos.

La necesidad de cultivar grandes extensiones de tierra aumentaba la demanda de brazos; el rigor del clima exigía gentes acostumbradas á sufrir los ardores tropicales, y el duro trabajo de las minas pedía una raza vigorosa, capaz de soportar las fatigas que aniquilaban la débil constitución de los indios. Por eso comenzó á hacerse en grande escala el comercio de negros, que resolvía, para gentes poco escrupulosas, el problema de la colonización, y por eso pudo parecer al mismo Las Casas, en período de ofuscación pasajera, que la introducción de esclavos africanos en América era el medio legítimo y hasta humanitario para lograr la emancipación completa de los naturales del país.

De todo ello resultó la trata, erigida en institución permanente de la vida colonial, y puesta en condiciones de indefinido desarrollo; así que, si existía en verdad antes del descubrimiento de América, es éste, sin embargo, quien le da carácter distintivo y fija sus proporciones en la historia.

Por de pronto, la opinión común no se preocupó de la injusticia del comercio negrero ó, por lo menos, hizo callar las inquietudes de la conciencia ante el codicioso interés que todo lo avasalla; y fué el daño tan general en Europa, que los flamencos durante los días de Carlos V, los portugueses durante su unión con Castilla, los franceses más tarde y, por fin, Inglaterra al celebrar la paz de Utrecht, compartieron con los españoles las ganancias de la venta de esclavos, fijando por tonelada ó por cabeza, en convenios internacionales, la cantidad y el precio de la mercancía humana, cuyo monopolio ambicionaban todos.

Digitized by Google

Ahora bien; la trata, comparada con el trabajo forzoso de los indios, implica circunstancias nuevas en el abuso de la fuerza que una y otro suponen, y de esas nuevas circunstancias surge el problema que al Derecho internacional tocaba resolver.

Mientras, por orden de Colón, ó de Bobadilla ó de Ovando, eran *repartidos* ó *encomendados* los indios en manos de los españoles, la relación y abuso establecidos encerrábanse en los límites de un solo Estado, cuya interna diversidad de razas y de consiguiente condición social explicaba, aunque no justificase, la facultad de mandar, en los unos, y la obligación de obedecer, en los otros. Pero cuando el mercader extranjero arrancaba del litoral africano, ó de las islas de Cabo Verde, negros que conducía después á las Antillas españolas, el hecho se hacía internacional: porque eran pueblos perfectamente extraños entre sí el que proporcionaba, el que vendía y el que pagaba los rebaños de esclavos, destinados á trabajar en las colonias.

Mientras se buscaba en estas últimas el instrumento vivo de explotación, no se salía de un solo territorio; pero cuando se lo traía de otro continente lejano, era preciso conducirlo á través de los mares que, como más tarde se verá, empezaban á proclamarse libres: de suerte que la trata que ostentaba carácter internacional, atendiendo á las personas que en ella intervenían, podía reivindicarlo también en consideración al espacio en que se realizaba.

Por último, si una disposición de mero derecho interior bastó siempre para reglamentar el trabajo de los indígenas, acudióse á convenios internacionales para resolver las dificultades que del comercio negrero nacían, dándose claramente á aquél en los tratados que celebró España en 1701 con Francia y Portugal, y en 1713 con Inglaterra (1), todo cuanto pudiera

(1) Puede verse el texto de esos tratados en la colección de Cantillo, titulada: *Tratados de paz y de comercio...* Madrid. 1843, págs. 32, 35 y 58.

Digitized by Google

faltarle para que fuese considerado, por la triple razón de la persona, del lugar y de la forma en que se sostenía, como institución que, traspasando las particulares fronteras de un país, obtenía reconocimiento solemne en el orden internacional.

El ulterior desarrollo de la trata de negros y las vicisitudes por que pasa antes de alcanzarse su abolición definitiva, son demasiado conocidas para que haya necesidad de recordarlas, y además quedan fuera del plan de este trabajo, limitado á señalar consecuencias inmediatas del descubrimiento de América. Pero, en cambio, forzoso es observar que en el largo período que media desde la primera introducción de esclavos en las Antillas españolas hasta el comienzo de la era de emancipación de los negros, la ciencia supo reconocer y condenar el mal, disipando las tinieblas con rayos de luz y elevando, sobre el sedimento secular depositado por la verdad cristiana (1), la doctrina humanitaria que hoy, sin excepción, profesamos todos.

La generosa tendencia á mejorar la suerte de los negros, claramente manifestada desde el siglo XVII en algunas colonias inglesas, como Pensylvania y Virginia; la abolición de la trata, decretada por Dinamarca antes de terminar el siglo XVIII; la brillante campaña parlamentaria que hizo inmortal el nombre de Wilberforce; la célebre declaración del Congreso de Viena en 1815, y los numerosos tratados que, inspirándose en ella, la siguen, tienen precedentes científicos inolvidables, é inolvidables con tanto mayor motivo, cuanto que, merced á ellos, puede España atenuar la parte de culpa que le cabe en el desarrollo del comercio negrero.

En los escritos de Fr. Bartolomé de Las Casas, y principal-

(1) Que la religión se anticipó en este punto á la ciencia, es indudable, y para convencerse de ello, basta hojear el brillante estudio que en el tomo 1.° de *El protestantismo, comparado con el catolicismo...*, hace Balmes respecto á la esclavitud. Véase, muy especialmente, el apéndice último del citado tomo, donde se insertan las letras apostólicas del Papa Gregorio XVI sobre el tráfico de negros.

Digitized by Google

mente en su controversia con Sepúlveda, y en el *Tratado sobre la esclavitud de los indios*, aparece la trata implícitamente condenada por la nobilísima doctrina que allí campea. Decir, como decía el insigne Obispo de Chiapa, que todos los indígenas hechos esclavos en las Indias desde la época del descubrimiento, habían sido esclavizados con injusticia (1); y afirmar, como afirmó solemnemente ante el Emperador Carlos V, en respuesta al Obispo del Darien, que «nuestra religión cristiana es igual y se adapta á todas las naciones del mundo, y á todas igualmente recibe, y á ninguna quita su libertad ni sus señores, ni mete debajo de servidumbre, so color ni achaque de que on siervos *á natura*» (2), es, sin duda alguna, defender la santa causa de la libertad y dignidad del hombre, y dar armas contra todo atentado que las amenace ó las niegue. Tan es así, que cuando disipada la niebla que obscureció su espíritu, vió Las Casas «ser tan injusto el cautiverio de los negros como el de los indios» (3), confesó el error que le llevó un dia á proponer la explotación de esclavos africanos, y condenó sin vacilación ni ambajes, por expreso modo, lo que implícitamente estaba condenado en las afirmaciones doctrinales, por él con tanto calor y constancia mantenidas.

Mas no hay necesidad, por fortuna, de alegar en esta materia testimonios que, aun cuando sólo en la apariencia, puedan discutirse, ya que sobran en los teólogos y jurisconsultos españoles, desde el siglo XVI, textos para probar cómo la religión y la ciencia proscribían de consuno aquel comercio que, en frase de los diplomáticos de Viena, «durante tanto tiempo ha asolado al Africa, degradado á Europa y afligido á la humanidad.»

Domingo de Soto, discípulo y sucesor de Vitoria, contem-

---

(1) Véase el referido *Tratado sobre la esclavitud de los indios*, en el tomo 65 de la *Biblioteca de Autores Españoles*, de Rivadeneyra, pág. 208.

(2) Obra y tomo citados, pág. 227.

(3) Véase Quintana, obra y tomo citados, pág. 454.

Digitized by Google

poráneo y amigo de Las Casas, y hombre que gozó en nuestras escuelas de influencia y prestigio extraordinarios, escribe también contra la trata en su célebre libro *De justitia et jure.*

Si es verdad lo que se refiere, dice Soto, acerca de la esclavitud de los etiopes; si el fraude y el dolo y la violencia los arrancan de su tierra natal, entonces «ni los que los capturan, ni los que los compran, ni los que los poseen, pueden tener limpia la conciencia hasta que esos hombres sean manumitidos; y esto aun cuando el precio que medió en la compra no pueda recobrarse» (1).

Con más energía aún que Soto ó, por lo menos, en forma más violenta y dura, amargada constantemente por la ironía de la frase, Bartolomé de Albornoz rechaza por inmoral é injusto el carnicero trato, como él dice, de esclavos africanos (2); y contra el mismo escriben igualmente, entre otros, en el siglo XVI Luis de Molina, y en el XVII el P. Alonso de Sandoval (3).

Con razón, pues, un escritor contemporáneo (4) reivindica para los pensadores de nuestra patria la primacía en combatir la esclavitud de la raza africana: porque antes que Voolman y Clarkson y Raynal y los demás nombres que suelen citarse de ordinario en las listas de impugnadores de la trata de negros, aparecen históricamente los de Sandoval y Molina, los de Soto y Las Casas.

Mas aunque no fuera así, y nuevos datos, olvidados hoy,

---

(1) ...«Quæ si vera est historia, neque qui illos capiunt neque qui á captoribus cœmunt, neque illi qui possident tutas habere unquam conscientias possunt quoasque illos manumittant, etiamsi pretium recuperare nequeant». Lib. 4.°, quæst. 2, art. 2.°, cit. por Cauchy, 2.°, 24.

(2) *De la esclavitud.* Está inserto el breve discurso de Albornoz, así titulado, en el tomo 65 de la *Biblioteca de Autores Españoles*, págs. 232 y siguiente.

(3) El primero en su tratado *De Concordia gratiæ et liberi arbitrii*, y el segundo en el suyo *De instauranda Æthiopum salute.*

(4) D. Adolfo de Castro, en el *Discurso preliminar* del citado tomo de la *Biblioteca de Autores Españoles.*

Digitized by Google

puedan mañana arrebatarnos la gloriosa prioridad pretendida, poco importa: no hay patria ni fronteras para la verdad, que todo hombre de buena fe acepta y aprovecha sin preocuparse de la persona que la propaga ó del idioma en que se difunde, y está realizado el progreso y dado un paso en el camino de la perfección desde el instante en que brilla la doctrina verdadera, llámese Las Casas ó Clarkson quien tenga la dicha de encender la antorcha que ilumina.

Puede ya formularse, en vista de lo dicho, opinión concreta respecto á la influencia ejercida por el descubrimiento y conquista de América en el desarrollo del comercio negrero.

Por de pronto, y en el orden de los hechos, esa influencia fué perniciosa, deplorable; el mal, ya existente, toma desmesuradas proporciones, porque se abre vastísimo mercado á la venta de esclavos y porque intereses de todas clases lo alientan y sostienen; pero después, y en la esfera de las ideas, la reacción de la doctrina, motivada sin duda por el abuso mismo que en la práctica de la vida imperaba, regenera la turbia corriente intelectual, cómplice de la manchada conciencia de la culta Europa; y de atenuación en atenuación y de pueblo en pueblo, logra al fin que el tráfico de negros sea proscrito en nombre del Derecho internacional, á cuya sombra se había cobijado durante el transcurso de siglos.

Y cuenta, señores, que la abolición de la trata decretada y llevada á cabo por acuerdos internacionales, significa algo más que el remedio de una enfermedad dolorosa, y no es, tan sólo, la clausura de un ciclo abierto en la era del descubrimiento americano.

«Las medidas internacionales tomadas contra la trata de negros, dice Bluntschli, nos ofrecen un ejemplo de intervención en favor de los derechos naturales del hombre» (1) y, por tanto, cabe añadir, proyectan viva luz sobre el concepto del

(1) *Le droit international codifié;* quatrième édition. Paris, 1886, pág. 20.

Digitized by Google

Derecho internacional y de la misión que debe cumplir en el mundo.

La abolición de la trata por el Derecho internacional significa que la tutela de éste se extiende ó, por lo menos, intenta extenderse hasta asegurar á los ciudadanos de los diversos países «una protección común, como dice el citado escritor, para los derechos generales que resultan de la cualidad de hombre» (1), implicando, por lo mismo, la definición una de derechos humanos inmutables, cuyo respeto se ha de imponer á todo Estado, sin acepción de razas ni de climas.

Este concepto del Derecho internacional que, poniendo plausible límite al viejo exclusivismo de las soberanías, hace flotar, por encima de las fronteras de los pueblos, los eternos principios de justicia, es concepto que encierran gérmenes fecundos de verdadero progreso y bienestar. Merced á él, la necesaria unidad del Derecho se salva en medio de la anárquica diversidad de legislaciones nacionales, y todo Estado, al ingresar en la universal Sociedad de las gentes, empieza por reconocer los derechos naturales del hombre y la suprema autoridad que, en el orden positivo, los formula ó define.

Quizá se diga que las circunstancias concurrentes en la trata, á diferencia, por ejemplo, de la esclavitud de los indios; que las notas peculiares de aquélla, notas que la convertían en cuestión internacional bajo todos aspectos, facilitaron la intervención colectiva de los Estados para proteger al oprimido, sin constituir precedente serio para el caso en que la vejación ó el crimen no tuviesen carácter internacional tan definido y evidente.

Mucho hay de verdad en esta observación y, sin embargo, no por eso se debilitan las consideraciones anteriores.

Para pasar del ciego respeto infundido por la soberana individualidad de los Estados, al principio de solidaridad que debe vivificar la práctica y teoría internacionales, necesitábase oca-

(1) Ob. cit., art. 1.°, pág. 55.

Digitized by Google

sión propicia; algo que, sin romper bruscamente el hilo de la tradición, hiciera, por insensible, fácil el paso de lo antiguo á lo nuevo. Y esa ocasión fué la trata. Por lo que tenía de internacional, pudieron fácilmente asociarse los Estados para abolirla; y por lo que tenía de negación de un derecho natural ó humano, esa abolición fué importante paso en el camino de la protección internacional á los derechos fundamentales del hombre.

Así, pues, la doctrina que, desde el siglo XVI, viene preparando la abolición del comercio negrero, es el precedente inmediato de estas modernas tendencias, qué ya claramente se descubren en la célebre declaración del Congreso de Viena; y, de esta suerte, á través de un lamentable abuso en la práctica, y de una vigorosa y eficaz protesta en la doctrina, enlázanse el descubrimiento y conquista de América con el novísimo sentido y las más recientes aspiraciones del moderno Derecho internacional.

III

En medio de una diversidad de apreciaciones asombrosa, y de los pareceres más abiertamente encontrados respecto á la naturaleza de las consecuencias que el descubrimiento de América produce en orden al dominio del mar, convienen los escritores que, más ó menos incidentalmente, tratan de este punto, en reconocer la influencia decisiva de aquel hecho en la mencionada cuestión, interesante y grave como pocas.

Pradier-Foderé y Sumner Maine representan aquí las dos opiniones extremas.

«El pensamiento de apropiarse el mal, dice el primero, ha nacido entre los pueblos modernos. Ha salido del considerable desarrollo que alcanzó el comercio marítimo y, por consiguiente, la navegación, sobre todo después del descubrimiento de América. Habiendo llegado á ser las relaciones comerciales con el Nuevo Mundo base real de la riqueza y fuerza de las na-

Digitized by Google

ciones, los diferentes pueblos de Europa han tendido á aumentar su tráfico y navegación en detrimento de las naciones vecinas ó rivales. Fué por este móvil injusto por lo que Venecia trató de apropiarse el mar Adriático, Génova el Ligurio, españoles y portugueses los de América, y por lo que, en fin, Inglaterra en el siglo XVII pretendió ser soberana de la mayoría de los mares que comunican con los que bañan sus costas, es decir, de todos los mares del Universo, porque todos ellos se comunican entre sí» (1).

Por el contrario, Sumner Maine, después de hacer suya la doctrina que enseña haber comenzado el Derecho internacional, en el sentido moderno de la frase, por un régimen general de clausura en los mares, señala entre las causas que determinaron la ruina del sistema antiguo y la libertad del Océano, el descubrimiento de América y los viajes en que los portugueses doblaron el Cabo de Buena Esperanza (2).

No puede ser más clara la contradicción. El propósito y el hecho de apropiarse el mar empiezan, en opinión de Pradier Foderé, precisamente en el instante en que, á juicio de Sumner Maine, concluyen; siendo el descubrimiento de América, para el uno, comienzo de una época de servidumbre; principio, para el otro, de una era de libertad.

¡Extraña contradicción, por cierto, cuando uno de los opuestos términos que la originan está perfectamente desmentido por las enseñanzas de la historia.

En las más remotas edades de que aquélla nos habla aparecen los mares libres (3), pero con marcada tendencia ya á

---

(1) *Le droit de la guerre et de la paix*, par Grotius; nouvelle traduction par P. Pradier-Foderé. París, 1867, tomo 1.°, libro 2.°, cap. 2.°, pág. 396, nota.

(2) *Le droit international*, págs. 102 y 103.

(3) Aludiendo á esta primitiva libertad, dice Sumner Maine: «Los documentos que poseemos me parecen sugerir, no obstante su insuficiencia, la idea de que si el mar fué, en un principio, común, fué en el sentido de que estaba abierto á las depredaciones de todos (qu'elle s'ouvrait universellement aux déprédations.» Ob. cit., pág. 101.

Digitized by Google

entrar en el dominio ó soberanía de determinados pueblos.

La piratería, que fué entonces general azote del comercio marítimo, hizo, como enseña Cauchy, que «el establecimiento de un poder regular, á la vez que despótico, y provisto de la fuerza y voluntad necesarias para reprimir ese bandolerismo que á todas partes llevaba el terror y la muerte, fuese saludado como un beneficio por los pueblos y aun por los sabios de la antigüedad» (1).

Desde los tiempos de Grecia, el imperio marítimo viene ejerciéndose y se disputa de tal modo que, á creer un documento conservado por Eusebio, el cetro del mar cambió de manos dieciséis veces durante el transcurso de seis siglos (2), al mismo tiempo que el derecho de libre navegación sufría restricciones, para el vencido ó el débil, en cuantos tratados marítimos de griegos y romanos han logrado llegar hasta nosotros (3).

Grocio mismo no ha podido desconocer la verdad de estos hechos, y con textos de Demóstenes y Theócrito, de Dionisio de Halycarnaso y Quinto Curcio, de Appiano y de Josefo, ha venido á establecer la existencia de un antiguo señorío en los mares (4), como, en mayor escala y con menos imparcialidad, hizo también Selden.

Esta situación de clausura ó imperio del mar, desprovista ya de las primitivas razones que la crearon, si bien alentada por ambiciosas miras que no faltan en época alguna de la historia, prolongóse durante toda la Edad Media.

La República de Venecia simbolizaba desde el siglo XII en los desposorios del Dux con el Adriático la soberanía que sobre las aguas de éste ejercitaba (5); Génova, en la época de su

(1) Obra citada, 1.°, 181.

(2) Cauchy, obra citada, 1.°, 95.

(3) Id., id., id., 182.

(4) *Le droit de la guerre et de la paix*, lib. 2.°, cap. 3.°, § 13, nota.

(5) Véase Selden, *Mare clausum seu de dominio maris, libri duo*. Londini, 1636, libro 1.°, cap. 16, páginas 116 y siguientes.

Digitized by Google

mayor florecimiento y poderío, reclamaba el soberano imperio sobre toda la extensión del mar Ligurio; Colón llamaba á Fernando é Isabel, en las capitulaciones de Santa Fé, *señores de las mares Océanas*; y á través de la heptarquia anglo sajona, de la invasión de los daneses y de la conquista normanda, buscaba Sêlden el abolengo de la soberanía de su país sobre los llamados mares británicos (1).

No intento yo, ni por asomos, romper una lanza en pro de las viejas pretensiones de Inglaterra, ni de la discreción de los razonamientos de Selden; pero, sea cual fuere el juicio que merezcan éstos, y apuntándolos más como testimonio de una opinión que como prueba de un derecho, aunque de ellos se haga abstracción completa, los demás datos que arriba se mencionan bastan y sobran, á mi ver, para que claramente resulte que no es aspiración exclusiva de los modernos tiempos la que intenta confiscar en provecho de determinado país el codiciado señorío sobre los mares europeos.

Mal pudo, pues, el descubrimiento de América ser causa, como quiere Pradier-Foderé, de que surgiera el pensamiento de apropiarse el mar, cuando esa apropiación era ya inveterada costumbre al finalizar el siglo XV, y lejos de representar, por lo tanto, una innovación, fué más bien el asentimiento respetuoso á las tradiciones y á la historia.

Con el hallazgo de un nuevo continente ni se inaugura, ni por de pronto, cesa el dominio sobre los mares; la superficie de las cosas permanece sin cambios; pero á través de exterioridades y apariencias, nótanse ya los signos precursores de nueva edad, que anuncian profunda mutación en el comercio marítimo de ambos mundos.

Nadie ignora cuán tímida é insegura fué la navegación antes del siglo XV.

«Los navegantes, dice un historiador (2), no podían aven-

(1) Véase el libro 2.° de la obra citada.

(2) César Cantú, *Historia Universal*, libro 14, cap. 3.°

Digitized by Google

turarse á largos viajes sin que se perfeccionara el arte de construir barcos y de dirigir su marcha... En un principio, no sabían orientarse de día sino con la vista de las costas, y de noche, por las estrellas», y las nieblas y la obscuridad eran para el marino invencible obstáculo ó, por lo menos, inminente peligro.

Desde la duodécima centuria, la invención de la brújula abrió horizontes nuevos á la exploración de los mares, y sin embargo ofrecía aún tantas dificultades el cruzar aquéllos, que los marinos más osados de Europa, los portugueses, en los primeros años de sus descubrimientos seguían siempre la dirección de la costa de Africa, sin perderla nunca de vista (1).

Temían aventurarse en la inmensidad del *Mar Tenebroso*, cuya extensión creían sin límites; parecíales el vasto Océano preñado de riesgos y amenazas; mirábanlo desde las aguas litorales de Africa con el respetuoso temor que infunden lo desconocido y misterioso; y gracias cuando, sin abandonar la dirección de las costas, se arriesgaban los exploradores, alentados por el Infante D. Enrique, á transponer el Cabo Bojador, mirado durante largo tiempo como infranqueable límite de las navegaciones humanas (2).

La vocación de Portugal por las grandes expediciones marítimas, y la constancia en perseguir el ideal á cuya realización consagró Enrique el Navegante la mejor parte de su vida, eran, sin embargo, prenda de futuros progresos; porque nada como la fe y la constancia para vencer dificultades y arrollar obstáculos que el ánimo descreído ó débil juzga de todo punto insuperables.

No habían transcurrido, en efecto, muchos años después de la muerte del Infante, cuando Juan II reunía una junta de sa-

---

(1) Véase Barros, *Da Asia*, edición 1.ª, libro 4.º, cap. 2.º, cit. por Navarrete; obra citada, tomo 1.º, pág. LIII, nota.

(2) Véase Washington Irving, *Vida y viajes de Cristóbal Colón*, libro 1.º, capítulo 3.º

Digitized by Google

bios, en la cual descollaba Martín Behaim, y en esa junta brotaba la luminosa idea de aplicar á la navegación el astrolabio.

«Las consecuencias de invento tal fueron, como Irving dice, incalculables. Arrancó la navegación de la antigua servidumbre de la tierra, dejándola en libertad para que discurriese á su placer por las ondas... En vez de costear las playas, como los antiguos navegantes; en vez de volver á tierra presurosa y timidamente cuando los vientos le habían separado de ella, podía aventurarse ya el osado marino por ignotos mares, cierto de que el astrolabio y la brújula le abrirían seguro camino á su vuelta, caso de no encontrar puertos lejanos» (1).

Ahora bien; por aquellos tiempos ya peregrinaba Colón de corte en corte, ocultando bajo pobre y raída capa el incalculable tesoro de sus planes de descubrimiento y poco después arribaba al continente americano, ofreciendo demostración experimental y elocuentísima de que era navegable el Océano, fácil orientarse en las inmensas soledades del mar, y segura la recompensa del fatigoso viaje, porque más allá del gran desierto de las aguas se alzaba la tierra prometida.

Sin dificultad se alcanza lo que fueron en la navegación las expediciones colombinas: disiparon para siempre el natural temor que pesaba en el viaje de 1492 sobre el ánimo resuelto de los esforzados marinos españoles; dieron tan oportuna y decisiva aplicación al astrolabio, que Colón pasó por su inventor á los ojos de algunas gentes (2); familiarizaron al navegante con inesperados fenómenos, como la declinación de la aguja magnética, la constancia de los vientos alisios, la rapidez de las corrientes oceánicas, é hicieron que desde entonces, unidas en armonioso resultado la teoría cosmográfica y la prác-

(1) Ob. cit., libro 1.°, capítulo 6.°

(2) Véase Navarrete, ob. cit., tomo 1.°, página 53, nota: menciónanse en ésta, respecto al punto de que aquí se trata, las opiniones de Casoni en sus *Anales de Génova*, y de Bossi, en sus *Ilustraciones á la vida de Colón*.

Digitized by Google

tica de la navegación, el Océano no pudiese ocultar por más tiempo sus seculares secretos, y se abriese en un todo á la audaz investigación de los hombres.

Hay, pues, un resultado claro, indiscutible, del descubrimiento de América en la historia del mar.

Como aplicación de concepciones teóricas precedentes, y como piedra de toque en que se contrastaron felices teorías, es el término de la navegación antigua, y el principio de esa exploración en grande escala que surca el mar sin vacilación ni temores, y rompe la vieja cadena que ataba al navegante á las costas.

Señores tuvo, sí, el Mediterráneo desde remotos tiempos; pero era relativamente estrecho ese dominio que, como el señorío feudal en la Edad Media, podía abarcarse con la vista desde el castillo que defendía la playa. La antigua soberanía marítima, como atestiguan las pretensiones de Inglaterra, fué muchas veces mera exageración de la zona litoral que necesita todo Estado para defenderse; en cambio, después de los viajes de Colón, los derechos que alega España al imperio sobre el Pacífico, y los de Portugal sobre el Océano Indico después de la expedición de Vasco de Gama, implican tan gigantesca ampliación del antiguo abuso, que bien pudo inspirar á Pradier-Foderé cuando escribía que el pensamiento de apropiarse el mar había sido consecuencia inmediata del descubrimiento de América.

Pero de todas suertes, aunque así se explique, no por ello se justifica la doctrina del escritor francés; y la soberanía de los mares, reclamada por Portugal y España, y por otros países más tarde, después de los grandes descubrimientos del siglo XV, no puede aparecer, ante un juicio desapasionado y tranquilo, sino como prolongación de anteriores usos ó, si se quiere, como la agravación de un mal cuyas raíces se hunden en la antigüedad más remota.

Agravación nada más, sin duda; aumento de proporciones y no otra cosa, se nota en el dominio del mar cuando termina

Digitized by Google

el siglo XV; pero de igual manera que en otras cuestiones ya indicadas, las dimensiones del cuadro sirven para atraer las miradas de todos, y la enormidad del abuso empieza por engendrar protesta generosa, que se transforma después en reacción fecunda; de igual modo, repito, el proyecto de confiscar en provecho de una soberanía, no zonas litorales más ó menos extensas, ni mares mediterráneos susceptibles de fácil cláusura, sino el inmenso Océano que enlaza los continentes y brinda camino en su extensión á todas las naciones; ese proyecto desatentado y ambicioso que tuvo por cómplices al transitorio interés y al ignorante vulgo, señala el comienzo de nueva edad: porque la soberanía de los mares, ruinoso edificio cimentado en movediza arena, necesariamente había de desplomarse bajo el peso que, al comienzo de los modernos tiempos, echaron sobre él los grandes Estados marítimos de Europa.

Buena prueba, para demostrar la verdad de los anteriores asertos, nos ofrece la historia.

Sea cual fuere el genuino sentido de los textos romanos que declaraban el mar común, y abierto, por lo tanto, á todos los hombres; explíquese como se quiera el pensamiento de los antiguos jurisconsultos, cuando veían, como Ulpiano, en esa libertad una exigencia de la naturaleza (1), es lo cierto que el principio de la libertad de los mares, si alguna vez fué claramente concebido antes, llegó á olvidarse por completo en el curso de la Edad Media.

En los días de mayor entusiasmo por el renaciente derecho de Roma; cuando fe más viva inspiraba el estudio de las Pandectas, y más ciega adhesión se prestaba á sus venerandas doctrinas, en el espíritu de los juristas arraigaba poderosamente la

(1) Véanse en este punto las razones y datos alegados por Grocio (*Le droit de la guerre et de la paix*, liv. 2.°, chap. 3.°, § 9.°) que dice «No conviene seguir la opinión de los que creen que cuando en el Derecho romano se dice ser común á todos el mar, deba entenderse que es común tan sólo á los ciudadanos romanos». También puede consultarse la obra ya citada de Cauchy, tomo 1.°, págs. 175 y siguientes.

Digitized by Google

idea de conciliar el antiguo texto con los modernos usos, y á vuelta de torcidas interpretaciones ó de incoherencias palmarias, proclamaban el mar cosa común é intentaban justificar después la soberanía de Venecia en el Adriático ó la de Génova en el Ligurio.

Así pensaron, por ejemplo, Bartolo y Balbo, Juan de Platea y Angél Aretino, que, en nombre de la prescripción inmemorial, destruían lo que, al clasificar los bienes, habían edificado (1); y era que, ó encerraban el principio romano que parecía implicar la libre navegación de los mares en la esfera del Derecho privado, ó mitigaban su natural alcance para salvar el pretendido derecho de las repúblicas de Italia.

En definitiva, pues, por uno ó por otro motivo, la libertad del Océano era una causa sin defensores al aproximarse los tiempos en que la Geografía y la Náutica sufren la profunda revolución arriba expuesta (2); pero llega la era de los grandes descubrimientos; averíguase la existencia del Nuevo Mundo; oriéntase el navegante merced al astrolabio y la brújula, y apenas transcurre el tiempo necesario para que se revelen con toda claridad las ambiciosas miras de los pueblos marítimos de Europa, surge el campeón de la libertad de los mares, contendiendo explícitamente contra las pretensiones de Portugal y España, como para dar prueba palpable de la conexión de aquella causa con el descubrimiento de América y los que se agrupan en derredor suyo. Conducen, por tanto, al mismo resultado la razón y la historia; porque precisamente en el instante en que la enormidad del abuso debía ser principio de reacción, atestiguado está que ésta nace, sin que quede sombra de dificultad, ni género alguno de duda.

Preguntar ahora quién haya sido el iniciador de ese glorioso movimiento de reacción y de protesta, parece una pregunta in-

---

(1) Véase Vázquez Menchaca, *Controversiarium illustrium aliarumque usu frequentium, libri tres*, Venecia, 1564, libro 2.°, cap. 89, § 12 y siguientes.

(2) Véase Selden, obra citada, caps. 2.° y 24 del libro 1.°

Digitized by Google

útil. Autoridades respetables como las de Ortolán, Hautefeuille y Wheaton, están aquí de completo acuerto con el vulgo de los escritores; en boca de los ignorantes y de los sabios anda un solo nombre, que todos pronuncian, y un solo libro, que muy pocos leen, y desde el jurisconsulto norte-americano que desempolva diligente los archivos de Europa para escribir la historia del Derecho de gentes, hasta el obscuro especulador que suma datos para ofrecer, bajo engañoso título, harapienta y deshilvanada doctrina, todos al buscar los orígenes de la libertad de los mares vuelven la vista á Holanda, y llevan en los labios el nombre prestigioso de Grocio, recordando las páginas del *Mare liberum* (1).

Bien sé yo, porque nadie lo ignora, que eco como el *Mare liberum* de Grocio no lo tuvo obra alguna consagrada á los mismos fines; que engendró su oposición con Selden inolvidable controversia, beneficiosa como pocas para el progreso de la vida internacional; y que, por tal motivo, ligados quedarán aquellos dos nombres, mientras la historia exista, á las causas que respectivamente defendieron. Todo esto es verdad; pero cuando la oportunidad del momento elegido se confunde con la prioridad de la idea; cuando el desarrollo de ajenos principios se hace pasar por originalidad innovadora, se comete un error: que lo es tan palmariamente atribuir á Grocio la primer defensa de la libertad de los mares, como alabar en Bacon el descubrimiento del método inductivo, ó censurar en Bartolomé de Las Casas la invención de la trata de negros.

Casi medio siglo antes de que apareciera en Holanda el *Mare liberum*, veían la luz en Barcelona los tres libros de *Controversias*, debidos á un insigne jurisconsulto, nacido en el corazón de Castilla y muerto á la sombra de la basílica hispa-

---

(1) Véanse, en comprobación de lo dicho, Ortolán, *Règles internationales e diplomatie de la mer;* Paris, 1856, tomo 1.°, pág. 133: Hautefeuille, *Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime;* Paris, 1858, tomo 1.°, págs. 47 y 51; y Wheaton, obra citada, tomo 1.°, pág. 98.

Digitized by Google

lense (1); y en esos libros, un día de universal renombre, su autor Vázquez Menchaca defiende la libertad de los mares con vigorosa energía, sin temor á vulgares preocupaciones, ni respeto á mal entendidos patriotismos.

No se explica el lamentable olvido que obscurece el recuerdo de aquel escritor castellano, sino por la ligereza superficial y distraída con que se escribe y habla: que una cosa es citar con encomio y aun con entusiasmo el viejo libro que duerme en nuestras bibliotecas, y otra mirarlo con detenimiento y estudiarlo con interés; si esto se hiciera, ¿cómo había de olvidarse el nombre de Vázquez Menchaca, cuando tanto se recuerdan otros escritos en los cuales salta á la vista, en cada página, la cita ó el texto del jurisconsulto español?

Muy al principio de su obra (2), menciona Selden juntamente las opiniones de Vázquez y Grocio, como figurando en primera línea entre las que impugnan el dominio del mar, y más adelante consagra á refutar las doctrinas de ambos un solo capítulo (3), como si en la mente del gran defensor de las pretensiones británicas los nombres del escritor español y del holandés se reunieran por asociación inevitable. Acaso Selden no viera allí una mera coincidencia de dos pareceres, sino verdadero vínculo de paternidad y filiación; y si tal pensó, en verdad que no fué el primero, ni cabe, por otra parte, tacharlo de aventurado en sus juicios.

Años hacía que un profesor de Valladolid, Fr. Serafín de Freytas, había abierto el camino á Selden combatiendo las doctrinas de Grocio en una obra titulada *De justo imperio lusitanorum asiatico*, y en ella se da por supuesto ó, por mejor decir, se afirma expresamente que el autor del *Mare liberum*,

---

(1) Fernando Vázquez Menchaca nació en Pincia (Valladolid) por los años de 1512, y publicó la primera edición de sus *Controversiarum illustrium, libri tres*, en Barcelona, año de 1563. Véase la *Bibliotheca hispana nova*, de Nicolás Antonio.

(2) Refiérome al *Mare clausum*.

(3) El cap. 26 del libro 1.°

Digitized by Google

al negar los pretendidos derechos de Portugal, seguía *la singular opinión de Menchaca*, la cual, se añade, va contra el sentir común de teólogos, filósofos y jurisconsultos (1).

Atribuíase, pues, en pleno siglo XVII, á Vázquez Menchaca la idea que tanto contribuyó á labrar la reputación extraordinaria de Grocio y, sin desconocer el mérito de éste, sus contemporáneos que, mejor que nadie, podían apreciar las mutuas influencias del pensamiento científico en aquel siglo, reconocían por boca de Freytas, no tan sólo la primacía del escritor castellano, que ésta era indudable, sino lo que podría llamarse la virtud generadora de su doctrina, destinada á fecundar en lejanas tierras aquella alegación famosa salida de las prensas de Leyden.

¿Y cómo no pensar así, cuando Grocio mismo da sobrado motivo para ello, al discutir si por la prescripción ó la costumbre podía adquirirse el señorío de los mares? «A la verdad, dice, toda esta cuestión fué tratada con grande acierto por Vázquez, gloria de España, en quien jamás se echa de menos ni sutil ingenio para investigar el Derecho, ni libertad para enseñarlo» (2); sincera declaración, digna de todo elogio, á seguida de la cual se transcribe el texto de Menchaca, fundiéndolo de este modo, sin que por ello pierda su carácter propio, en el cuerpo doctrinal de la célebre disertación holandesa.

Contribuyen, por tanto, á mi entender, la persistencia con que Selden reune los nombres de Vázquez y Grocio, y la explícita afirmación de Freytas, y las palabras mismas del autor holandés, á convencernos de la probable influencia, cuando menos, que en la doctrina de éste tuvo la anterior de nuestro compatriota; pero, opínese como se quiera en este punto, siem-

(1) Freytas, Ob. cit. Valladolid, 1625, cap. 13, folio 131 vuelto.

(2) «Verum, omnem hanc quæstionem diligentissime tractavit Vasquius, decus illud Hispaniæ, cujus nec in explorando jure subtilitatem, nec in docendo libertatem unquam desideres.» — *Mare liberum*, cap. 7.°

Digitized by Google

pre queda á salvo la indiscutible prioridad que á Vázquez Menchaca corresponde; prioridad tanto más de estimar en el presente caso, cuanto que la avaloran, no tan sólo la bondad de los principios sustentados, sino la índole del razonamiento y la franqueza de las palabras.

Ya se ha visto arriba cómo los intérpretes del Derecho romano se asían instintivamente á la teoría de la prescripción, para fundar en ella el dominio del mar, que parecía inadmisible ante las reglas establecidas respecto á las cosas comunes por el Digesto y la Instituta. El transcurso del tiempo, que lava manchas originarias y trae necesidades nuevas; el tiempo, que extingue y crea las relaciones de Derecho, era para los jurisconsultos de la Edad media la salvadora solución del conflicto; de tal modo que, á la sombra de lo inmemorial, veían resguardado y seguro el privilegio odioso disfrutado tradicionalmente en ciertos mares por algunos Estados de Europa.

Pues bien; comprendido con entera claridad por Menchaca el punto vulnerable de la vieja componenda que adoptaban los romanistas, contra ella dirige sus tiros, abriendo franco camino, al destruir uno de los términos de la antítesis, para que el otro produjera espontáneamente frutos de libertad, quizá no cosechados en época alguna de la historia, incluso aquel período larguísimo en que de consuno proclamaban el mar cosa común los versos de Plauto y Ovidio, y los textos de Marciano y Celso.

He aquí las palabras del jurisconsulto español: «Aunque á gran multitud de lusitanos haya oído frecuentemente opinar que sus reyes adquirieron por prescripción el derecho exclusivo de navegar en el mar vastísimo de las Indias Occidentales, y aunque nuestro vulgo hispano parezca generalmente participar de opinión análoga con respeto al Océano que baña las regiones índicas, sometidas á nuestros poderosos monarcas...; sin embargo, todos estos pareceres son tan insensatos como los de aquellos autores que, en cuanto á genoveses y venecianos, suelen soñar por modo semejante. Claro aparece el

Digitized by Google

desacierto de tales doctrinas, puesto que cada una de esas naciones no puede contra sí misma prescribir... Y como en daño de las demás la prescripción es imposible, por ser institución de mero derecho civil, inexplicable en la relación mutua de príncipes ó pueblos independientes, sólo al Derecho de gentes puede acudirse, y consta según él que semejante prescripción y usurpación del mar nunca fué admitida» (1).

Tal fué el impulso con que Vázquez intentó restablecer la primitiva dirección del arco que lo dobló en sentido opuesto, y por quitar el pretexto de la prescripción á las confiscaciones del mar, arrojóla fuera de los dominios del Derecho de gentes. Exageró en esto, sin duda, y se hizo acreedor al duro calificativo que Selden le aplica; pero ¿cómo no disculparlo, cuando hasta nuestros días se prolonga la serie de autores respetables que, desde Cassan y Richelieu hasta Rayneval, Martens y Kluber, niegan la facultad de prescribir en las relaciones internacionales?

Las diferencias que existen entre el orden internacional y la interna vida de un Estado; la ausencia en el primero de una autoridad y de una regla visibles á toda mirada, y la misma frecuencia con que la prescripción se funda en viciosas y deleznables teorías, explican, sin duda, el radicalismo de Vázquez y su escuela; pero, de todas suertes, nadie como aquél merece que se atenúe su falta, porque nació de un exceso de celo, encaminado á fijar el sentido de los textos romanos en favor de la verdadera libertad de los mares, é iban sus razones contra la estéril y acomodaticia interpretación entonces en uso, y el descrédito que arrojó sobre ella remedió gravísimo mal, resultando de este modo su error algo así como los errores de Colón, que nos dieron un Nuevo Mundo.

Digno de todo aplauso fué el propósito de Menchaca al poner la libertad del mar bajo la protección del Derecho romano,

(1) Vázquez Menchaca, ob. cit., lib, 2.°, cap. 89, § 30 y siguientes.

Digitized by Google

cerrando, á la vez, el camino á las transacciones entre el principio y el hecho patrocinadas por los juristas; mas por si aquel apoyo fuera débil, no obstante el respeto que entonces infundía, nuestro autor invoca el Derecho natural y el divino, deduciendo del precepto *no hagas á otro lo que no quieras para tí*, que «como la navegación á nadie puede ser nociva sino á los mismos navegantes, es racional que por nadie tampoco pueda ó deba ser estorbada» (1).

No desdice este razonamiento, en el cual palpita la idea de que es inagotable el Océano y su aprovechamiento inofensivo, de los empleados después por Grocio, Puffendorf y Vattel; puede decirse que (á pesar de las decisivas observaciones de Barbeyrac y Strauchius) fué, en una ó en otra forma, favorito argumento de los autores durante el espacio de dos siglos, y hay que convenir en que, prescindiendo de la verdad que encierra, tiene el indiscutible mérito de pedir á la naturaleza del mar la causa determinante de su condición en el Derecho.

Certera fué, pues, la mirada de Vázquez Menchaca, al buscar el origen de la libertad de los mares, de un lado en el Derecho romano, de incomparable prestigio en la práctica y, de otro, en la naturaleza de las cosas, sólido é inmutable asiento para una doctrina científica; y si es verdad que hoy fácilmente comprendemos no llegó á conseguir su intento, en cambio pensaron de otro modo que nosotros sus contemporáneos, y con esto el saludable fruto de la enseñanza comenzó á recogerse en seguida.

¿Y qué diré yo ahora de la independencia de juicio y de la valentía de frase que son de admirar en el autor de las *Controversias?* Que un holandés, defendiendo los intereses comerciales de su patria y siguiendo el camino que trazaron otros, abogue por la libertad del mar, fácilmente se explica; pero que un español impugne pretensiones de su propio país por puro amor á la verdad y, para ello, rompa con toda tradición

(1) Obra y lugar citados, § 35.

Digitized by Google

y precedente, y califique de insensata la opinión combatida, tratándola sin piedad y rehusándole la más leve atenuación ó disculpa, ejemplo es en que mucho puede aprenderse, ya que, por desgracia, tanto suelen vacilar las convicciones cuando se oponen á su marcha la rutina y el falso interés bajo el noble aspecto de patriotismo.

Curioso por demás sería seguir paso á paso la historia de la libertad y dominio de los mares en la ciencia española, trayendo á examen las opiniones de Rodrigo Suárez y Crespo de Valdaura, de Freytas y Salazar de Mendoza, de Valenzuela, Aguado, Olmeda León y tantos otros; pero aquí me detengo, porque no es la presente ocasión oportuna para tal estudio, y además, porque á mis propósitos de hoy basta y sobra lo que llevo dicho.

De ello resulta que el descubrimiento de América comenzó por ofrecer campo vastísimo á la tradicional confiscación del mar; que Portugal y España, continuadoras de la costumbre establecida, quisieron imperar en el Océano, á semejanza de lo que hacían Inglaterra, Venecia ó Génova en sus mares, y que, ante ambición tan gigantesca, conmoviéronse los cimientos de antiguas doctrinas, se agitó en la mente de los pensadores nueva idea y, tras la inevitable lucha que riñe siempre la verdád redentora, asomó en los cielos, iluminando la inmensa región de las aguas azules, el sol esplendoroso de una libertad por todos bendecida.

*
* *

Séame permitido, para concluir, que contemple por un instante la senda recorrida y procure abarcar en una sola mirada el conjunto de hechos y de ideas con que he tejido la pobre tela de este estudio.

No fué, en verdad, en las tierras americanas donde por vez primera hubo de plantearse el problema acerca de la ocupación de cosas *nullius* con ánimo de someterlas á la soberanía

Digitized by Google

de un Estado, ni fué en ellas donde los derechos de la civilización y la barbarie tuvieron su primer contacto, ni su descubrimiento fué causa originaria de revolución inmediata y profunda en la condición de los mares. Nada de esto: el grande acontecimiento, cuya centenario festeja hoy el mundo, no trae en rigor problemas nuevos á la vida internacional, pero engrandece en cambio los anteriormente conocidos; fué su influjo más de cantidad y dimensiones que de originalidad innovadora, prestó á lo existente proporciones extraordinarias, convirtió las piedras del camino en rocas gigantescas, y al pié de ellas detuviéronse por necesidad las miradas del observador y los pasos del caminante.

Detuviéronse, sí, sin que en los primeros momentos de irreflexivo asombro vinieran nuevos ideales á desarraigar la viciosa práctica heredada de pasados tiempos, y fué pisoteado el derecho de las tribus indígenas, y arrancado el negro de su hogar para explotarlo en comercio infame, y confiscado el mar en provecho de ambiciones bastardas, hasta que la misma incalculable ampliación del mal hizo retroceder á los más osados, y lo que comenzó por ser piedra de escándalo acabó convirtiéndose en principio de redención.

Bien claro está que en el cuadro que torpemente he bosquejado se combinan la sombra y la luz; densas nieblas de violencia y error obscurecieron el cielo de la historia patria por aquellos días en que no gozaban de aurora más espléndida ni las empresas de Portugal, ni las aventuras de Inglaterra, ni el decadente imperio de las repúblicas de Italia, y así creímos lo que todos creían y vivimos como vivían todos, en tanto que silenciosamente germinaban en nuestro suelo las regeneradoras doctrinas de Vázquez, Las Casas y Vitoria.

Si de fuera nos enseñaron á encadenar pueblos independientes en la conquista, á negociar con el hombre en la trata y á usurpar la navegación del Océano, fuimos nosotros, en cambio, los que pusimos remedio á tanto mal; que sonó en tierra española la voz de alarma, y nació en las montañas vascas

Digitized by Google

quien supo fijar en reglas inmortales el derecho de guerra, y vió la luz en las llanuras de Castilla quien enseñó á Grocio el principio de la libertad de los mares, y alumbró el sol de Andalucía la primer mañana del incansable protector de los indios, azote de toda servidumbre, defensor y padre del débil y del oprimido.

Gracias á esto, la influencia del descubrimiento y conquista de América, en el Derecho internacional, si apena al ánimo por sus primeros frutos, fortifícalo después con saludable ejemplo; porque si de aquellos acontecimientos fueron hijos los aventureros rapaces de un día, también fueron sus nietos los pensadores del siguiente, que supieron cimentar sobre firme base la más amplia de todas las ramas del Derecho, bautizándola al nacer en las limpias aguas de la ciencia española.

JOAQUÍN FERNÁNDEZ PRIDA
Catedrático de Derecho internacional en la Universidad de Sevilla.

Digitized by Google

LA CUESTIÓN OBRERA Y LAS LEYES *

CAPÍTULO II

LA LEGISLACIÓN OBRERA EN AUSTRIA-HUNGRÍA

SUMARIO: *Austria*. Intervención gubernamental para templar el despotismo de las corporaciones de artes (informe del Gobernador de Bohemia, 1699). —Patentes sobre los oficios de Carlos VI (1731-32).—Disposiciones legislativas en los reinados de María Teresa y de José II (1750, 1790).—La ley orgánica de las profesiones de 1859.—La legislación obrera vigente (leyes de 15 de Marzo de 1883 y de 8 de Marzo de 1885, y decretos de 17 de Septiembre de 1883, 14 de Octubre de 1884 y 24 de Abril de 1885).—Modificaciones en favor de los obreros, introducidas por la ley de 8 de Marzo de 1885.—Importantes proyectos de ley de 17 de Junio de 1891.—*Hungría*. Régimen antiguo.—Ley orgánica de 1.° de Octubre de 1884.

Como en Alemania propiamente dicha, en el país austriaco puede asegurarse que coincide el comienzo de la intervención del Estado en el movimiento industrial, mediante la legislación, con la necesidad de poner un dique indispensable á las exageraciones en que vinieron á incurrir aquellas corporaciones de artes y oficios, que en tiempos un tanto atrasados habían sido determinantes del progreso del llamado trabajo manual, en lucha con la rutina, inseparable compañera de la servidumbre, á que le tenían reducido las prácticas del despotismo feudal.

Por eso el poder político, esta vez inspirado en principios

* Véase la pág. 311 del tomo 81.

Digitized by Google

de libertad y progreso, se ve precisado á templar con sus leyes el excesivo espíritu reglamentario que puso en grave peligro aquella industria, antes próspera, gracias á las asociaciones que ahora la ahogaban, oprimiéndola en el círculo de hierro de sus múltiples prescripciones y de sus variadísimos preceptos, que dirigidos á la conservación de privilegios incompatibles con los adelantos de la técnica, hacían imposible los adelantos y consumían la actividad de los artesanos en pleitos ridículos.

Extremado en Austria el abuso de las corporaciones, adviértese, aun antes que en Alemania, la tendencia liberal de la intervención del Gobierno. Ya en 1699 el Gobernador de Bohemia pronuncia juicio desfavorable al sistema corporativo. «A imitación, se lee en su luminoso informe, de otros reinos, repúblicas y países en donde florecían los comercios, no obstante el no conocerse las corporaciones ó no gozar de los privilegios de que estaban investidas en el Sacro Romano Imperio, deben ser abolidas, ó reformadas al menos, de modo que cuando alguien quisiera establecerse en una ciudad ó en un mercado y ejercitarse en un arte, no pueda impedírsele de hacerlo ni obligarle á inscribirse en ellos.»

Consecuente con estas ideas, Carlos VI publica en 1731-1732 sus *Patentes sobre los oficios*, en las que aparece bien clara la tendencia á reprimir los excesos que habían desnaturalizado las antiguas corporaciones, comenzando por reservar al Príncipe la constitución de nuevas asociaciones y la aprobación de sus estatutos, y reglamentando en numerosos *artículos generales* el establecimiento de los cuerpos de artes, la formación de los *colectivos*, el aprendizaje—duración, cuota de pensión, conducta, garantías,—aboliendo las distinciones jerárquicas entre las corporaciones, los gravosos y abusivos usos en el paso al *oficialato*—exámenes, viajes, etc.,—regulando las obligaciones de los obreros, en orden al trabajo y al mantenimiento de la disciplina y de la moral, como la prohibición de *hacer lunes*, la penalidad rigurosa contra los que se confabulaban para la

Digitized by Google

huelga, para compeler á los patronos al aumento del salario, determinando las condiciones y pruebas necesarias para el ascenso á *maestro*, con abolición, por supuesto, de las tasas excesivas, banquetes suntuosos, regalos, y prohibición de que los maestros se entendieran para fijar el precio único del producto arbitrariamente, y confiando la *dirección* de las corporaciones á un comisario ó inspector y al consejo de los ancianos, elegido por los miembros, con arreglo á los estatutos, sometiendo á las *asambleas*, que habían de reunirse cuatro veces al año, la intervención en los asuntos de la asociación, restringiendo notablemente su *jurisdicción* sobre maestros, oficiales y aprendices, y reservando el castigo de los perturbadores á la autoridad.

La fuerza de la institución corporativa era, sin embargo, tan grande, que fué impotente la ley contra ellas, y renacieron, si cabe, con más vigor los abusos que se trataba de cortar, parte por la persistencia de los inveterados hábitos, y parte por la debilidad que mostraron los encargados de aplicar las nuevas disposiciones. Pero, á pesar de todo y debido principalmente á la influencia que sobre el Austria no podía menos de ejercer el movimiento industrial de los países vecinos, el trabajo de fábrica tomó grandes vuelos, y habiéndose entonces visto muy claro el perjuicio que á su desenvolvimiento infería el sistema corporativo llevado á su más extrema exageración, el Gobierno en tiempo de *María Teresa*, en 1751, pensó seriamente en su completa abolición. El arraigo que en la nación tenían las corporaciones de artesanos detuvo tan radical medida; no impidió, sin embargo, que tanto la renombrada Emperatriz, como su sucesor José II, dictaran numerosas disposiciones (órdenes, decretos, rescriptos, instrucciones) encaminadas á reducir las instituciones de patronos y obreros á sus verdaderos límites.

Los puntos principales de esta política industrial, realizada sistemáticamente desde el momento indicado hasta 1790, pueden reducirse á los siguientes: prohibición de formar nuevas corporaciones con las profesiones ejercidas libremente; negativa á la confirmación de nuevos estatutos corporativos; remoción de

Digitized by Google

ciertos inconvenientes mediante disposiciones especiales; limitación de los derechos de las asociaciones, por lo que respeta á la concesión de la maestranza, hasta llegar á su completa supresión; limitación del número de las *industrias reales;* abolición de los derechos de *exclusividad;* autorización cada vez más extensa de las industrias no corporativas, que llegaron á ser 36 en la Austria baja, según la Ordenanza de la Corte de 1765.

En este tiempo se observa también en Austria cierta reacción mercantilista, oculta bajo la capa de protección á la industria manufacturera, contra los privilegios de las corporaciones. Buena prueba de ello son las exenciones del servicio militar concedidas á los operarios; la prohibición de emigrar impuesta á los más hábiles; los premios otorgados á los artesanos extranjeros que venían á trabajar en las fábricas del país; las recompensas con que se estimulaba á los inventores de nuevos procedimientos, así como los experimentos de nuevos cultivos; derecho de preferencia en la adquisición de materias primas, con la obligación, por parte de los que las vendían, de hacerlo á precio determinado. Al lado de estas ayudas á la industria de la nación es justo colocar los esfuerzos de todo género hechos por el Estado para divulgar la instrucción técnica.

El impulso liberal de María Teresa hubo de sentirse aminorado un tanto, no solamente por la fuerza de inercia de las costumbres, que no en vano habían tomado carta de naturaleza en el país, sino por las tendencias reaccionarias que salieron á la luz durante los reinados de Leopoldo II y Francisco I, que dominaron hasta ya bastante entrado el siglo actual, haciendo infructuosos los esfuerzos que en diferentes tiempos, en 1835, por ejemplo, se hacían en pro de una radical variación en el régimen legal.

***

Al fin, el impulso recibido con anterioridad y el imponente movimiento político que conmovió á Europa entera á media-

Digitized by Google

dos del siglo corriente, influyeron, como no podía menos, en los legisladores, un tanto detenidos en sus intentos de reforma, reavivando sus deseos de marcha hacia la libertad industrial, y bien puede decirse que con el proyecto de 1856, que ligeramente variado se convierte en ley en 1859, Austria entra decididamente por la vía de las reformas en sentido liberal y se pone á la cabeza de los países que por ella caminan.

Fiel al espíritu que animó á sus inspiradores, la *ley orgánica de las Profesiones* de 20 de Diciembre de 1859 establece como *regla general* la libertad profesional, salvo algunas excepciones en que es preciso *concesión* gubernativa para el ejercicio de determinados artes, oficios ú ocupaciones. Entre éstas se encuentran, por ejemplo, las industrias de reproducción, valiéndose de procedimientos mecánicos ó químicos, de productos literarios ó artísticos, de la profesión de maestro de obras, albañil, carpintero, herrador, armero, pirotécnico, fabricante de vinos artificiales, de gas del alumbrado. Para lograr el permiso, es preciso justificar la buena conducta del postulante, y en algunas industrias la capacidad profesional. Es necesario, además, solicitar y obtener autorización para instalar determinados talleres que pueden constituir un peligro ó producir acaso perjuicios á los vecinos, lo cual no se concede sino previa inspección de la Autoridad competente.

En cuanto al elemento *subjetivo* del derecho industrial en el Código á que nos referimos, se expresa en una serie de principios generales lógicamente deducidos del fundamental que le inspira. El sexo, la cualidad de ciudadano ó de extranjero, el estado, no implican diferencia alguna en cuanto al ejercicio de un arte ú oficio. Las personas que no tienen plena capacidad necesitan del consentimiento de sus legítimos representantes. Las personas jurídicas pueden asimismo, sin limitación, ejercer una industria. Solamente los condenados por delitos contra la propiedad ó las buenas costumbres, ó por bancarrota, son excluídos de él si la Autoridad cree que haga uso de la autorización en perjuicio público; pero aun en este caso po-

Digitized by Google

drán obtener su rehabilitación después de probar que su conducta ha sido intachable durante cierto tiempo.

La extensión del derecho al ejercicio de la industria no tiene, en general, más limitación que la natural de la división de las ocupaciones; pero como cada cual puede dedicarse á cuantas profesiones sean compatibles con su capacidad y con el tiempo disponible, hasta esta limitación es ilusoria.

No hay tasa alguna en los precios, sino en la venta al detalle de artículos de primera necesidad, y en la profesión de deshollinador. Las relaciones entre los patronos y el personal auxiliar, sin exceptuar á los aprendices, están fundadas en la libertad de contratación. Adviértese en la ley á que nos referimos una tendencia manifiesta á fomentar el espíritu corporativo, no á la antigua usanza, es decir, favoreciendo el privilegio y el monopolio, sino conservando cuanto pueda enaltecer el honor profesional y mejorar los procedimientos industriales, aunque huyendo de lo que redunde en detrimento de la libertad de establecimiento y de ejercicio mantenida con insistencia en el Código.

Entre los fines de las asociaciones que disfrutan de gran autonomía, los hay obligatorios y facultativos. A los primeros pertenecen: cuidar de la observancia de las obligaciones que se derivan de las relaciones del aprendizaje y del servicio, intervenir en las controversias de los patronos con los oficiales ó con los aprendices, fundar y mantener cajas de socorro para los trabajadores, promover é instituir escuelas especiales, informar á la Autoridad sobre los asuntos industriales, y en general, prestar su concurso á todas las disposiciones de la administración pública que interesen á los miembros de la asociación, y administrar el patrimonio de la misma. Unicamente se consideran miembros de la asociación los que trabajan por su propia cuenta; los aprendices y los obreros asalariados tienen el carácter de *pertenecientes* á ella, y en tal concepto les comprende la obligación de contribuir á la caja de socorros con una cuota que no podrá exceder del 3 por 100 de su jornal,

Digitized by Google

correspondiéndoles también en justa reciprocidad cierta intervención en la administración. Los *miembros* deben pagar determinadas cantidades, aprobadas por la Autoridad, para formar el fondo social, que se aplica al cumplimiento de los fines comunes, y principalmente á la asistencia de los operarios pobres y á la dotación de las cajas de socorros.

La resolución de las cuestiones relativas al contrato de trabajo ó de aprendizaje, está encomendada á la Autoridad política, siempre que se produce la demanda, pendiente la obligación ó dentro de los treinta días siguientes á su finiquito. Cuando el patrono pertenezca á una corporación de oficios, el jefe de ésta entenderá en la cuestión suscitada; pero antes de pronunciar el fallo deberá intentar la conciliación de las partes; de su sentencia cabe apelación á la Autoridad política. Transcurrido el plazo de los treinta días, el litigio pasa á la jurisdicción de los Tribunales ordinarios, asistidos de cierto número de representantes de la clase trabajadora, elegidos entre los más estimados é inteligentes, que forman un jurado *sui generis*, que ha dado excelentes resultados, siendo, pues, una institución digna de ser imitada en otros países.

No surtió buen efecto la especie de *renovación* de las antiguas corporaciones, aun á pesar del barniz de modernismo que recibieran en la ley orgánica de 1879; así que las *asociaciones profesionales* ó *industriales (Gewerbegenossenschaften)*, si se exceptúa las de la capital y de algunas ciudades principales, no gozaron de vida próspera. Sin embargo, los mantenedores de los viejos usos no se dieron por vencidos ante el fracaso del ensayo, y sostuvieron vivas discusiones con los que defendían la tendencia del abandono á la libre iniciativa privada el establecimiento de gremios y corporaciones de oficios.

***

La necesidad de proteger la pequeña industria, ahogada materialmente por esas enormes masas de capitales que se con-

Digitized by Google

centran en las grandes empresas, y que con la facil victoria en la lucha con ella entablada, les conserva su constante monopolio y les proporciona considerable beneficio á costa del consumidor, extremada por la indudable preponderancia del judaismo en todas las ramas de la industria; así como la natural tendencia que se observa en los países civilizados, sobre todo después de la formible propaganda socialista, á mejorar la condición de los artesanos, se tradujo pronto en una serie de actos legislativos.

Producto de esta laudable aspiración fueron sin duda las leyes de 20 de Diciembre de 1869 y 21 de Junio de 1880, y los decretos de 26 de Febrero de 1875 y 16 de Septiembre de 1880, que prepararon la reforma, completamente desenvuelta por las leyes de 15 de Marzo de 1883 y 8 de Marzo de 1885, y los decretos de 17 de Septiembre de 1883, 14 de Octubre de 1884 y 24 de Abril de 1885.

Como quiera que la actual legislación austriaca, en materia industrial, se contiene en las últimas disposiciones citadas, y, sobre todo, en la ley de 1883, hemos de extractar sus principales prescripciones (1).

Disposiciones generales.—La ley clasifica las profesiones en libres, de artes ú oficios (*Handwerkmässige*), y autorizadas. El Ministro de Comercio, de acuerdo con el del Interior, determinará cuáles profesiones habrán de ser consideradas entre las de segunda especie, mientras no exista decisión legal expresa; por supuesto, sirviendo de norma la necesidad de aptitud técnica adquirida mediante aprendizaje en los que á ella se dediquen. Quedan excluídas de esta categoría por ministerio de la ley, las artes del comercio, las que se ejercen en las fábricas y la industria doméstica. Necesitan autorización previa las que pueden causar perjuicios al público. Todas las demás entran en el grupo de las libres (art. 1.º).

(1) Para mayor ilustración, pueden verse el *Manual de Economía política*, de Gustavo Schomberg, última edición; *La legislación industrial austriaca*, de Gellert, 1885; *Compendio de las leyes industriales austriacas*, de Weilgenberg.

Digitized by Google

Por regla general, el que pretenda emprender una industria por su propia cuenta ha de tener la libre administración de sus bienes. La ley hace de igual condición al hombre y á la mujer en este caso (art. 2.º). Más severa que la de 1859, la vigente excluye del ejercicio de un arte ú oficio á toda persona que hubiera sido condenada por crimen ó delito de atentado á la moralidad pública ó á la propiedad, por contrabando ó grave infracción de la legislación de impuestos, siempre que, atendida la naturaleza de aquéllos, las circunstancias de las personas ó la índole de la transgresión penal, se tema que abuse (art. 5.º). El artesano que por sentencia judicial ó administrativa hubiera sido privado del ejercicio de su profesión, no podrá dedicarse á otra que haga ilusoria ó ineficaz la condena (art. 6.º).

Los extranjeros, á no ser en el caso de reciprocidad justificada, tendrán necesariamente que proveerse de autorización para ejercer la industria (art. 8.º).

Disposiciones particulares.—El que no estando excluído con arreglo á las citadas prescripciones generales, desee trabajar en cualquier oficio de los declarados *libres*, podrá verificarlo sin más que dar conocimiento á la Autoridad (art. 11). Para ejercer *un arte ú oficio*, además de las condiciones generales de que hemos hecho mérito, es preciso acreditar la aptitud, ya mediante un certificado de aprendizaje ó de trabajo constante por cierto número de años como auxiliar en dicho oficio ó en una fábrica análoga, ya por medio de atestado de haber seguido con buenos resultados los cursos de Institutos de enseñanza profesional (Escuelas especiales de Artes y Oficios, agregadas á instituciones de enseñanza superior). En circunstancias particulares podrán las Autoridades locales, previo dictamen de las Corporaciones interesadas ó de las Cámaras de Comercio é Industria, dispensar del certificado cuando se trate del paso de una profesión á otra análoga (art. 14). En las industrias *autorizadas* será preciso que el que pretenda ejercerlas obtenga concesión especial, amén de estar adornado de las

Digitized by Google

condiciones generales y particulares de que hemos hablado. Respecto del número de ellas la ley de 1883 apenas ha hecho alteración con respecto á la de 1859.

Hay ciertos institutos industriales cuyo establecimiento necesita especialísima autorización; y son todos aquellos en que existan altos hornos, máquinas de vapor ú otros motores que por su acción malsana para el público, ó por el ruido que produzcan, fuere molesta ó peligrosa para el obrero ó para el público (art. 25). Estos establecimientos, en número de 57, no pueden ser autorizados sino adoptando las medidas de precaución expresamente determinadas, entre las cuales citaremos la petición, acompañada de planos y diseños, á la Autoridad comunal. Esta deberá hacerlo público, ya por medio de anuncios, ya mediante comunicación especial á los propietarios vecinos del lugar donde la empresa ha de funcionar, y proceder á una información, en la cual serán oídos peritos y los perjudicados (arts. 28, 29 y 30).

Corporaciones de artes y oficios.—La ley que estamos examinando consigna el principio de que donde no existan gremios, las Autoridades, oyendo á las Cámaras de Comercio é Industria, deben procurar su establecimiento, siempre que las circunstancias locales lo permitan. A semejanza de la anterior, considera á los que practican un oficio por su cuenta, como miembros, y como *pertenecientes ó adheridos* á los aprendices y auxiliares. Pueden formar parte de la asociación los obreros que residan en uno ó más concejos, ó los que ejerzan distintos oficios (art. 106), y una misma persona está autorizada para inscribirse en diversas corporaciones (art. 107).

Su fin principal consiste en reforzar el espíritu de cuerpo, conservando y elevando, á ser posible, el honor profesional, promoviendo los interes comunes, para lo cual constituirán cajas de crédito, depósitos de materias primas y facilitarán la introducción de máquinas y de nuevos procedimientos industriales. Deberán, además, y en consonancia con su destino fundamental: *a)*, procurar el mantenimiento de *buenas relaciones entre*

Digitized by Google

los patronos y los auxiliares (operarios, oficiales, aprendices), en especial por lo que se refiere al contrato de trabajo y á la organización del servicio de colocaciones; *b)*, proveer á un buen régimen del *aprendizaje,* por disposiciones que habrán de ser aprobadas por la Autoridad competente, encaminadas á la educación profesional, moral y religiosa, á determinar la duración de aquél, los exámenes y pruebas que debe sufrir el aprendiz y á otros fines semejantes, como también á las maneras de asegurar la ejecución de las referidas disposiciones, y á fijar las condiciones de validez del certificado de aprendizaje y las garantías necesarias para proporcionarse aprendices en el número conveniente; *c),* formar una *comisión de arbitraje* para resolver los conflictos que surjan entre los miembros de la corporación y sus auxiliares, en lo que respecta al salario, á la tarea y á la instrucción técnica de éstos; *d),* fundar *institutos especiales de enseñanza industrial; e),* *auxiliar* á los oficiales y á los aprendices enfermos, estableciendo cajas de socorro ó contribuyendo á las existentes; *f),* redactar cada año *Memorias* sobre todos los hechos ocurridos en el seno de la asociación, y que tengan importancia para la estadística industrial.

Como en Alemania, en Austria las corporaciones de una circunscripción pueden *federarse* para mejor realizar sus fines (artículo 114).

Los gastos necesarios en las corporaciones, á excepción de las cuotas para las cajas de enfermos é inválidos, se cubren con cotizaciones de los miembros, en cuanto no alcancen á solventarlos los productos de los bienes patrimoniales.

Órganos de la corporación.—Los negocios de ella están á cargo de la *Asamblea corporativa,* de la Asamblea de los operarios, de la *Comisión permanente,* compuesta de delegados de aquélla, de la Junta administrativa de la Caja de socorros y de la Comisión arbitral (art. 117).

La Asamblea corporativa se compone de todos los *miembros* de la asociación y de dos á seis representantes de la Junta general de operarios, con voz y voto en lo que propongan. Es de

Digitized by Google

su competencia la elección de presidente y de los miembros de la clase de patronos que han de formar parte de la comisión arbitral, y del presidente y demás personas que han de constituir el comité de vigilancia y la asamblea de la caja de socorros; el examen y aprobación de cuentas y la formación del presupuesto para el año siguiente; la deliberación y votación sobre las reformas que deban introducirse en los institutos de enseñanza; la duración del aprendizaje y la reglamentación de los exámenes de los aspirantes á obreros; la decision sobre todo cuanto tenga relación con los establecimientos corporativos destinados á la instrucción, trabajo y mantenimiento y asistencia de los operarios; la modificación de los estatutos; el empleo de los bienes patrimoniales, siempre con sujeción á la regla de que no pueden distraerse de los fines de la asociación (art. 119).

La Asamblea de los obreros está formada por los que tengan 18 años cumplidos. La ley se inspira, en cuanto á la constitución y funciones de este órgano corporativo, en una desconfianza, tanto más censurable, cuanto que ha dejado plena libertad á la de los miembros de la corporación. En efecto, la Asamblea de operarios debe notificar la convocatoria al consejo directivo, el cual habrá de nombrar de dos á seis delegados para que asistan á ella, como también á la Autoridad industrial, que podrá enviar un representante para vigilar el cumplimiento de la ley (art. 120).

Corresponde á esta Asamblea el nombramiento de presidente, aunque con la cortapisa de que será ratificado por la Autoridad industrial: el examen y discusión de los intereses de los operarios, en cuanto no sean opuestos á los fines de la corporación, y la elección de los que hayan de constituir la comisión arbitral, del presidente del comité de vigilancia y de los delegados en la caja de socorro, procedentes de la clase de los obreros.

Cajas de socorro para los enfermos.—Las corporaciones están obligadas á fundar y sostener establecimientos de esta índole para los operarios, oficiales ó aprendices enfermos, ó inscri-

Digitized by Google

birse en los institutos análogos. A estas cajas contribuirán los patronos pertenecientes á la asociación y los operarios empleados, con la sola excepción de los aprendices. Los operarios pagarán una cuota, que no puede exceder del 3 por 100 de su salario, y á su vez la de los patronos será de una mitad más. Cada caja tiene una asamblea general, un consejo de administración y una comisión permanente de vigilancia (art. 121).

Comisión arbitral. — Toda cuestión que surja entre los miembros de la corporación y sus operarios, habrá de ser sometida á esta comisión, á condición de que las partes contendientes acepten previamente y por escrito el laudo (art. 122).

Poder disciplinario.—El consejo directivo de la corporación está investido del derecho de imponer á los *miembros* y á los *pertenecientes* á ella, penas disciplinarias, proporcionadas á la gravedad de la infracción, como la censura y multas hasta 10 florines.

Las Corporaciones están sometidas á la vigilancia de las Autoridades, que pueden, previa audiencia de los interesados, entender en los recursos que se produzcan contra las decisiones de las asambleas corporativas ó del consejo directivo, y nombrar comisarios encargados de inspeccionar el modo de proceder de las asociaciones (art. 127).

Como en Francia, Inglaterra y los Estados Unidos, se ha planteado en Austria la institución de los inspectores de fábrica, que cuando se comprende bien cuáles han de ser sus atribuciones, y sobre todo cuando recae su nombramiento en sujetos de sólida moralidad, produce excelentes resultados, en orden á notificar al Gobierno la verdadera situación de los obreros, á proponerle las reformas que para conseguir la mejora de su situación debe realizar y á procurar que la aplicación de la legislación obrera se haga de buena fe, evitando así que el interés mal entendido de los patronos de torcida intención haga ineficaz la voluntad del legislador. Sintetízanse sus atribuciones en el párrafo 12 de la ley de 17 de Junio de 1883, en el cual se lee: «Los inspectores de industria deben

Digitized by Google

en el cumplimiento de sus funciones esforzarse, no solamente en asegurar á los obreros los beneficios de la ley, sino también en apoyar con tacto á los propietarios en el cumplimiento de sus obligaciones, interviniendo con justicia entre los unos y los otros, trayendo á contribución los conocimientos especiales y la experiencia adquirida en el ejercicio de su cargo. Tratarán asimismo de ganarse la confianza de los patronos y de los operarios, que pondrán al servicio de la concordia entre éstos y aquéllos».

***

La tutela y protección del trabajador por parte del Estado, ya iniciada en la ley orgánica de 1883, se acentúa en la de 8 de Marzo de 1885. No había de ser Austria una excepción en esta general tendencia, que domina en los Estados de los países civilizados, de poner en cuanto se pueda, un dique á la extraordinaria potencia capitalística, que ávida de ganancia ú obligada por las necesidades de una competencia á sangre y fuego; comienza por avasallar al obrero, á trueque de salir airosa de la lucha entablada para aniquilar á su rival. Menos que nadie podía el Imperio austriaco sustraerse á la política de protección del obrero, acentuada en los demás pueblos de raza germánica y seguida de cerca por los anglo-sajones, los latinos y hasta los eslavos. Precisamente, si en Alemania los socialistas de cátedra han iniciado el período de las reformas inspiradas en este filantrópico sentido, en Austria los socialistas católicos, brillantemente representados en la política activa por el príncipe de Lichtenstein, el conde Blöme, el conde Belcredi, el conde Kuenfstein y otros muchos de igual valer, han contribuído poderosamente á que se estatuyera sobre el contrato de trabajo, el descanso dominical, la fijación de la jornada, el trabajo de las mujeres y de los niños, la instrucción técnica, la asistencia del obrero enfermo ó impedido, la indemnización á los operarios perjudicados, etc. Efectivamente,

Digitized by Google

en la ley citada se introducen las siguientes novedades con relación á lo anteriormente legislado.

Se reconoce la libertad de trabajo, pero todo operario debe disfrutar durante el día de un descanso mínimo de hora y media. Se prohibe trabajar los domingos, excepto en determinadas obras de policía, y en el arreglo de talleres y fábricas. Sin embargo, el Ministro de Agricultura, de acuerdo con el de Cultos y el del Interior, puede permitir el trabajo en día festivo en aquellas industrias en las cuales sea imposible la interrupción ó perjudique gravemente á los consumidores (párrafo 75). Se permitirá á los menores de dieciocho años asistir á las escuelas nocturnas ó dominicales (párrafo 75 *a)*. Los salarios habrán de ser satisfechos en moneda, aun cuando pueda descontarse de ellos los gastos de alimentación, habitación, combustible, disfrute de terrenos, medicinas, asistencia médica, instrumentos y materiales de trabajo, siempre que no se les atribuya un precio superior al coste (párrafo 78).

El operario debe estar provisto de una libreta, formulada con arreglo á las disposiciones de la orden ministerial de 12 de Mayo de 1885, y puede pretender de su patrono un certificado de despedida (párrafos 79, 80 y 81).

Son muy interesantes y dignas por tanto de que en ellas se fijen los que no dudan en sostener la doctrina de que el Estado, como legisla sobre la propiedad en general, debe estatuir acerca de la propiedad de la fuerza productora del hombre, de su modo de aplicación, y de la retribución que por su arrendamiento haya de percibir, las siguientes disposiciones de la ley que estudiamos. En el párrafo 77 se establece, que salvo pacto en contrario, el salario habrá de ser satisfecho semanalmente, y que al término del contrato y consiguiente licenciamiento del obrero por el patrón ó retirada voluntaria de aquél, precederá un aviso con catorce días de antelación. De esta regla se exceptúan algunos casos previstos en los párrafos 82 y 82 *a*. La ruptura del contrato por parte del obrero da derecho al patrono á solicitar que la Autoridad obligue al opera-

Digitized by Google

rio á trabajar hasta el cumplimiento del contrato ó á resarcir los daños y perjuicios. Son dignos de especial mención los preceptos de los párrafos 84, 85 y 86: «el que toma ó conserva un obrero, sabiendo que ha abandonado ilegítimamente á su patrono, ó le incita á no respetar el anterior contrato de trabajo, será responsable solidariamente con aquél del menoscabo que haya sufrido el empresario precedente.

»El patrono que rompe el contrato ó es causa de que el obrero demande su resolución antes del vencimiento del plazo convenido, está obligado á entregarle el salario y las demás prestaciones pactadas correspondientes á todo el tiempo de su duración.»

Los patronos se constituyen en la más absoluta precisión de introducir y mantener en sus industrias cuantas condiciones sean necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores, y si emplean jóvenes menores de dieciocho años y mujeres, deben velar porque se respeten las prescripciones morales (párrafo 74).

Las cuestiones que acerca del cumplimiento del contrato de aprendizaje y de arrendamiento de servicios ocurran entre patronos y operarios no pertenecientes á una asociación y sus operarios, ó simplemente entre estos últimos, podrán, á instancia de un cierto número de ellos, ser resueltas por tribunales arbitrales, análogos á las comisiones de árbitros de la corporación, mediante concesión de la Autoridad política. A falta de tribunal industrial, la resolución de dichas controversias son de la competencia de la Autoridad citada cuando ocurran pendiente el contrato ó dentro de los treinta días siguientes á su su terminación (párrafo 87 *c*).

Los patronos que no sean miembros de asociaciones ó gremios de oficios, deben en interés de los operarios, fundar en sus establecimientos cajas de socorros ó inscribirse en una de las existentes (párrafo 89).

No terminaremos esta rápida revista de los preceptos de la ley de 1885, sin transcribir expresamente, por el racional cri-

Digitized by Google

terio en que están inspiradas, las prescripciones que siguen:

«Los niños menores de doce años no podrán ser empleados en ningún trabajo industrial; de los doce á los catorce, sólo se les dedicará á los que no perjudiquen á la salud y al desarrollo y no les impidan la asistencia á la escuela, y su duración sea menor de ocho horas diarias. Las puerperas serán dispensadas de todo trabajo durante las cuatro semanas siguientes al parto. Al Ministro de Comercio corresponde en casos muy señalados, y con las necesarias precauciones, consentir que los niños y las mujeres sean empleados en trabajos peligrosos é insalubres (párrafo 94). Los menores de dieciséis años no podrán ser obligados á trabajar de noche, excepto en circunstancias determinadas, y eso con autorización del citado Ministro (párrafo 95)».

***

No se ha detenido el laudable afán de los Gobiernos austriacos de procurar por todos los medios prácticos compatibles con la presente organización industrial, la conciliación entre el patrono y el obrero, en cuanto puede redundar en manifiesto beneficio de éste, en las prescripciones legales examinadas.

El mismo Emperador, en su discurso de la Corona de 11 de Abril de 1891, significó al Parlamento como su tarea principal, la conclusión de la legislación económica de la Nación y el Gobierno para dar ejemplo, tomó la iniciativa y sometió á la deliberación y voto del Poder legislativo, en 17 de Junio del mismo año, dos interesantes proyectos de ley, creando y reglamentando instituciones á propósito para mantener el acuerdo y la armonía entre los empresarios y los artesanos. Es de esperar que, salvo ligeras modificaciones, obtengan la sanción del Parlamento estos propósitos, enderezados á constituir la organización pacífica de la grande industria y á probar, como demostraba el filósofo antiguo el movimiento, la sinrazón con que un aristócrata ultraconservador, llevando al parecer la voz de los de su clase en la Cámara de los Señores de Prusia,

Digitized by Google

decía en una sesión celebrada en Junio del año pasado, que «contra los demócratas, no hay mejor razón que las bayonetas»; por eso no creemos inoportuno consagrar algún espacio á su examen.

Propónese el primero que presentó el Ministro de Comercio, la creación de *Comités obreros obligatorios,* en la industria de fábrica, y de *Cámaras de conciliación* sobre la base de las corporaciones de artes y oficios.

Tales instituciones no son nuevas en Austria, antes al contrario, puede asegurarse que esta vez la ley vino á hacer universal y obligatorio lo que con cierto carácter privado y voluntario venía existiendo con muy buen éxito en el país (1). En el párrafo 1.º del citado proyecto se consigna «que deben crearse Comités obreros en todas las fábricas, entendiendo por tales, según un decreto del Ministro de Comercio de 1883, todo establecimiento dedicado á la elaboración de objetos industriales destinados al comercio, que ocupe de ordinario más de 20 obreros, trabajando en talleres cerrados fuera de su domicilio, ó en los que se emplean máquinas ó se recurre á la división del trabajo, y en los que haya un empresario que dirija el negocio sin tomar parte directa en el trabajo manual, que pague determinada cuota de contribución y tenga razón comercial registrada».

Las funciones atribuídas á los comités obreros son *obligatorias* ó *facultativas:* las primeras redúcense á poner en conocimien-

---

(1) M. E. Schwiedland cita en un excelente trabajo que ha publicado en la *Revue d' Economie politique* (Diciembre de 1891), con el título *L'organization de la grande industrie en Autriche,* y cuya lectura recomendamos con encarecimiento á los que consideren de alguna utilidad estos estudios; entre otros establecimientos industriales en donde funcionaron con magníficos resultados los comités obreros, la Sociedad por acciones para la fabricación de máquinas y vagones de *Sunmereng,* cerca de Viena; la de igual clase de F. Ringhoffer en Praga-Smichou; la fábrica de carruajes de J. Weitzer en Graz; la de papel de Ellissen, Roeder y Compañía, en Ulmerfeld; la fundición de F. de Neuman en Marktl, y la de porcelana de Springer y Compañía en Elbogen.

Digitized by Google

to del patrono ó de sus representantes los deseos y las quejas de los operarios relativamente á los salarios y á las demás condiciones del trabajo; á tratar de conciliar las opiniones, contribuyendo al mantenimiento de buenas relaciones entre aquéllos y éstos, mediante recursos apropiados. Como ejemplo de las segundas, el proyecto enumera las siguientes: vigilar la manera de observar el reglamento del trabajo y las prescripciones sobre higiene y seguridad de los obreros, así como pronunciar su opinión antes de aplicar ciertas penas á los contraventores, y también tomar parte en la administración de los Institutos benéficos existentes.

Todo obrero empleado al menos un año en una fábrica y que pase de veintiún años, tiene derecho á elegir los que han de componer el comité de conciliación y son elegibles los mayores de veinticuatro que hayan trabajado tres años como mínimum en un establecimiento industrial. Es de advertir que bajo la denominación de obrero, comprenden las leyes austriacas también á las mujeres. No son elegibles los procesados ó presos, ó los que han sufrido una condena por crimen ó por delito cometido por avidez de ganancia. El número de miembros no será inferior á tres, ni superior á veinte. La elección se verificará por el procedimiento secreto, por mayoría absoluta y será anunciada á más tardar con un día de anticipación. En caso de empate, decidirá la suerte. La duración del mandato no podrá ser menor de un año, ni pasar de tres.

Las cámaras de conciliación, que también se proponen en el proyecto de ley de Junio del año pasado, tienen su antecedente en ciertos preceptos de la ley orgánica de la industria austriaca que hemos estudiado. Allí hemos visto cómo las corporaciones se dividen en dos grandes cuerpos: el de empresarios ó patronos, y el de obreros, y cómo sirven á manera de centros electorales para la formación de la *cámara de conciliación*, que eligen por tres años y por mitad los seis ó doce delegados que han de constituirla. Por analogía con lo dispuesto en el párrafo 14 de la ley de 14 de Mayo de 1869 sobre los llamados

Digitized by Google

consejos de prud'hommes, los asesores de la cámara de conciliación pertenecerán al sexo masculino; pero en el caso en que en las industrias de que se trate ocupen mujeres exclusivamente ó casi exclusivamente (por ejemplo, modistas y costureras), se admite la posibilidad de nombrarlas para dichos cargos. La elección se realizará por escrutinio secreto, por mayoría absoluta, y los miembros habrán de ser mayores de treinta años. Los presidentes y los vicepresidentes serán designados por los individuos de la cámara. Éstos tienen derecho, si son obreros, al pago de los gastos de viaje é indemnización del salario que pierden por ejercer sus funciones de asesores. Siempre que no haya podido lograr el comité obrero que ninguna de las partes contendientes (empresarios, obreros) cedan en sus pretensiones, la cámara de conciliación entrará en funciones en virtud de petición oral ó escrita de la corporación de empresarios ó de obreros. Habrá también lugar á recurrir á ella cuando las Autoridades políticas del país lo reclamen para prevenir ó suspender una huelga (párrafo 51). En el litigio entenderán por lo menos un número igual de asesores de cada parte, y la cámara podrá invitar al inspector para que presencie las deliberaciones. La deliberación habrá de ser precisamente oral, y no está sujeta á ninguna regla ni fórmula. La cámara podrá, si lo juzga conveniente para el esclarecimiento del hecho, oir á testigos y peritos, y tomar informes de las Autoridades y de las corporaciones. Las personas directamente interesadas en los asuntos sometidos á la cámara nombrarán hombres buenos en número igual por cada parte, que tendrán intervención en la discusión, y ésta durará hasta que se llegue á un acuerdo ó se demuestre la imposibilidad de lograrlo. Entonces el presidente hará público este resultado, así como las razones en que se funde; si, por el contrario, se ha alcanzado la avenencia, se redactará y firmará por todos la fórmula, dándole la debida publicidad. En el primer caso la cámara pronunciará por mayoría de votos *sentencia arbitral* sobre las cuestiones sometidas á ella, que será notificada á los

Digitized by Google

litigantes con el señalamiento del plazo durante el cual han de declarar su conformidad. Cuando los asesores obreros voten en contra de los patronos, el presidente está facultado para abstenerse de votar; y si por esta circunstancia es imposible dictar sentencia, se pondrá en conocimiento del público.

***

En Hungría y en Transilvania desde muy antiguo aparecen las corporaciones obreras en las ciudades y en algunos de los centros de contratación más importantes, como lugares de ferias y mercados, que tanto figuran en la historia económica de aquellos países en siglos pasados; pero fuera de estos sitios los artesanos podían, sin necesidad de adquirir el derecho de maestranza, con el solo permiso del señor, ejercer libremente su oficio. Hasta el año de 1813 se regían los gremios por sus estatutos especiales que databan de remotos tiempos. A partir de esta fecha la organización industrial de Hungría fué sustancialmente conforme con la de los demás países del Imperio.

La ley orgánica de 1859 se extendió á esta región, y continuó en vigor aun después de su separación de Austria, que, como es sabido, acontece en 1867. Tal estado de cosas no tuvo larga duración, pues en 1872 comenzó á regirse la industria por leyes emanadas de los poderes públicos de Hungría, inspiradas, por cierto, en principios análogos á la austriaca de 1859, aun cuando con la esencial diferencia de que según aquélla no hay profesiones autorizadas ó mediante concesión, y las asociaciones para fines industriales se organizan con completa libertad.

Las circustancias del tiempo ejercieron, si cabe, más influencia en Hungría que en Austria misma en cuanto á la organización legal de la industria. El *estatismo* cundió, y con él su necesaria consecuencia el atribuir al Gobierno la función de poner coto á los excesos y abusos producidos por una práctica mal entendida de la libertad del trabajo; se reclamó, pues,

Digitized by Google

insistentemente la necesidad de probar la capacidad técnica y el establecimiento de corporaciones obligatorias. Contra lo que es uso en otros países, los hombres del Gobierno resistieron por algún tiempo; pero una vez publicada en Austria la ley orgánica de 1883, nada justificaba esta actitud, y después de laboriosas negociaciones se llegó sobre ambos puntos á una transacción, expresada en forma legal en la de 17 de Septiembre de 1884, promulgada en 1.º de Octubre del propio año.

Hay en ella disposiciones casi copiadas de la austriaca, que por no repetir no extractamos. En algunas materias ha llegado á conclusiones y detalles que, ó difieren ó no se han consignado en aquélla, y de ellas hemos de ocuparnos con el detenimiento necesario para la mayor ilustración de nuestros lectores.

Disposiciones generales. - Respecto á la instalación de establecimientos industriales, prescribe con gran razón la ley en su art. 35, que una vez obtenido el permiso de la Autoridad y reuniendo el que ha de ejercer la industria las condiciones marcadas, nadie tendrá derecho á pedir la suspensión de los trabajos que en ella se realicen, á pretexto de que irroga perjuicios no previstos; únicamente podrá solicitar que se adopten las medidas necesarias para remediarlos, y si esto no fuese posible, la parte denunciante queda en libertad de reclamar por la vía ordinaria el resarcimiento del daño. Cuando una industria tenga nociva influencia sobre la salud pública, ó por algún otro motivo sea dañosa ó perjudicial, si no existe otro medio de evitar el peligro, podrá ser objeto de expropiación (artículo 36).

Personal auxiliar. Aprendices.—Todo el que ejercite personalmente un arte ú oficio, tiene derecho á tomar aprendices, siempre que sean mayores de doce años; la Autoridad podrá conceder rebaja de edad; pero en este caso el maestro deberá hacer que el aprendiz siga los cursos de la escuela primaria hasta que haya cumplido aquella edad (art. 60). La admisión se verificará ante dicha Autoridad, mediante contrato escrito, y el

Digitized by Google

aprendizaje durará al menos hasta los quince años (art. 61). El patrón tendrá obligación: *a)*, de enseñar al aprendiz el oficio, de educarlo moralmente y de inspirarle amor al orden y al trabajo; *b)*, de dejarle el tiempo necesario para que pueda, en los días festivos, asistir á los divinos oficios, procurando que cumpla este deber religioso; *c)*, de hacer que frecuente la escuela; *d)*, de proporcionarle asistencia en caso de enfermedad si habita en su casa; *e)*, de informar á sus padres ó tutores de las enfermedades que padezca ó de otro acontecimiento grave (artículo 62).

El patrono no podrá emplear al aprendiz en labores ajenas al oficio, ni en servicios domésticos, y debe velar para que no sea molestado por las personas de la familia ó por los operarios (art. 63).

El aprendiz que no hubiera cumplido catorce años, no trabajará más de diez horas durante la jornada, ni más de doce el que hubiera pasado de dicha edad, comprendiendo en ellas las de la escuela; con el intermedio de media hora de reposo por la mañana, otra media por la tarde y una al medio día, estando absolutamente prohibido emplearle en trabajos que excedan de sus fuerzas. La autoridad industrial, no obstante los anteriores preceptos, podrá disminuir las horas de trabajo (art. 64). Los aprendices, menores de dieciséis años, no serán obligados á trabajar de noche (9 de la noche á 5 de la mañana). Por necesidad debidamente justificada y en oficios en donde de ordinario no se trabaje por la noche, la Autoridad está facultada para permitir el nocturno de los aprendices menores de dieciséis años, pero mayores de catorce, teniendo en cuenta su desarrollo físico, y siempre que la labor *post diem* no dure más que la mitad del tiempo establecido para el trabajo diurno de los mismos (art. 65). El aprendiz debe obedecer al maestro ó á su representante en todo lo que le ordene, y cuando habite en su compañía y sea mantenido por él, estará bajo su autoridad doméstica hasta la edad de dieciocho años (art. 66). Terminado el aprendizaje, la autoridad industrial proveerá al aprendiz de un cer-

Digitized by Google

tificado que contenga un resumen del escolástico y que exprese los progresos por él hechos en la práctica del oficio, el nombre y el domicilio del patrono bajo cuya dirección ha concluído aquél (art. 67).

El contrato de aprendizaje se acaba: *a)*, por la muerte del maestro ó del aprendiz; *b)*, por llamamiento al servicio militar de éste ó del patrono, ó por incapacidad para el trabajo; *c)*, por condena del uno ó del otro á la pena de privación de libertad por más de cuatro semanas; *d)*, por prohibición impuesta al patrono de tener aprendices. Puede también libertarse de la obligación el patrono, sin esperar al término natural de la obligación: 1), si el aprendiz comete un delito que obedezca á móvil de codicia; 2), ó rehusa obstinadamente cumplir con sus deberes ó cometa faltas graves y repetidas; 3), ó procede á vías de hecho, ó ultraja gravemente al patrono ó á personas de su familia; 4), ó se halle afectado de enfermedad repugnante ó contagiosa. Igualmente puede el aprendiz ó su representante legal resolver el contrato: 1), si el patrono excita al aprendiz á cometer actos inmorales ó contrarios á la ley; 2), si abusa el maestro de su potestad disciplinaria doméstica; 3), si la continuación del aprendizaje compromete la vida ó la salud del aprendiz (artículo 81). Previo aviso de catorce días, se disolverá el contrato por parte del patrono: 1), cuando el aprendiz declara que es incapaz para continuar en el oficio; 2), cuando contrae una enfermedad que dure más de dos meses; 3), cuando el patrono renuncia al ejercicio de la industria. Por parte del aprendiz: 1), si el maestro no cumple las obligaciones que la ley ó el contrato le imponen respecto á él; 2), si se traslada á otra población fuera del distrito municipal; 3), si el aprendiz desea emprender otro oficio ó cambiar de ocupación; 4), en el caso de enfermedad del maestro que pase de dos meses, sin tener representante (art. 72). Cuando el aprendiz haya dado motivo á la disolución del contrato ó le denuncia por deseo de abrazar otro oficio, el patrono tendrá derecho al precio del aprendizaje por todo el tiempo transcurrido, y al de medio año más en concepto de indemni-

Digitized by Google

zación; si la causa de la ruptura proviene del patrono, además de la indemnización convenida en el contrato, habrá de reembolsar al aprendiz de los gastos que le ocasione la colocación en casa de otro maestro (art. 74). El patrono que á sabiendas recibe á un aprendiz que sin causa justa hubiera abandonado á su antiguo maestro, incurre, solidariamente con aquél, en la pena de indemnización al último de los perjuicios que su retirada le haya producido (art. 75), y el aprendiz culpable deberá ser reintegrado en el establecimiento que abandonó por la autoridad industrial (art. 76).

Esta llevará un registro de los aprendices de su circunscripción, que contenga: *a)*, el nombre, domicilio y oficio del patrono; *b)*, el nombre y la fecha del nacimiento del aprendiz; *c)*, la época en que comienza el contrato de aprendizaje; *d)*, la en que termina; *e)*, las principales cláusulas del contrato. La lista de los aprendices extraída de los datos de este registro será remitida al inspector de escuelas del distrito dos semanas antes del comienzo del año escolástico (art. 77). La autoridad industrial deberá ser informada por los directores de las escuelas de la conducta de los aprendices, á lo menos una vez al mes, y ella á su vez habrá de enterarse por medio de sus delegados de su asistencia y de los progresos que hagan en los establecimientos de instrucción profesional (art. 78); á este efecto, en cada distrito municipal en donde haya 50 aprendices como mínimun, el Ayuntamiento instituirá una escuela de aprendizaje, siendo obligatoria la asistencia de aquéllos (art. 87).

En cuanto á los *operarios* ú *oficiales*, no encontramos entre la ley orgánica industrial húngara y la austriaca diferencias esenciales. La terminación natural y las soluciones eventuales del contrato de trabajo, ya del lado de los patronos, ya de los obreros, se rigen por análogas disposiciones á las que regulan la materia en el aprendizaje.

Tienen verdadero interés las relativas á la libreta que debe poseer todo operario, y á ellas hemos de consagrar algún espacio. Dicho documento no debe contener ninguna mención ó

Digitized by Google

nota relativa á la moralidad ó capacidad de aquél; esto se reserva á la autoridad industrial de primera instancia del distrito donde radica el establecimiento en que trabaje (artículos 99 y 100). Cuando el operario ingresa en él, el patrón recogerá la libreta y la exhibirá á la Autoridad, dentro de las dos semanas, primeras, al efecto de registrar el contrato de trabajo efectuado (art. 103). La libreta quedará en poder del patrono mientras dure el pacto; pero á petición del obrero expedirá certificado de su entrega; una vez terminado el contrato, dicho documento volverá á manos del operario (art. 106). Las modificaciones que se introducen en la convención serán inscriptas en la libreta, y de ellas se tomará razón en el registro que lleva la Autoridad competente (art. 108). Cuando el operario se separa de su patrono, éste en conciencia y con verdad consignará en la libreta las causas de tal determinación, y certificará de la conducta del mismo (art. 104).

Disposiciomes relativas á los obreros de fábricas.—En la ley orgánica industrial de Hungría se ha descendido á detalles de suma importancia y que revelan cuánto ha cundido en el país la tendencia de favorecer á los debiles (los obreros) contra los fuertes (los capitalistas).

El jefe de fábrica está obligado á llevar un libro registro en el cual se estampe el nombre, fecha y lugar del nacimiento del operario, el oficio que desempeña y el salario que percibe: cuyo registro exhibirá á la Autoridad, siempre que sea requerido á ello (art. 102). Además debe adoptar un reglamento, que se fijará en los sitios más públicos del establecimiento para que llegue á conocimiento de todos los empleados, en el cual se habrá de estatuir sobre la distribución y el modo de ocupación de los obreros, y especialmente de las mujeres y de los niños, respetando siempre su fuerza física y la obligación de asistir á la escuela de los últimos; la duración del trabajo; la época y forma del pago del salario; los derechos de los vigilantes; los cuidados que habrán de proporcionarse á los enfermos ó víctimas de un accidente; las multas con que se castiguen las in-

Digitized by Google

fracciones del reglamento, el plazo para la notificación del término del contrato de trabajo, y los casos en que éste puede resolverse inmediatamente. En el bien entendido de que el reglamento, que habrá de ser visado por la Autoridad, no ha de contener nada contrario á la ley (art. 113).

Entre las prescripciones relativas á las demás condiciones del contrato de trabajo, muchas de las que son idénticas á las de la ley austriaca, debemos mencionar la que prohibe al jefe de fábrica suministrar bebidas espirituosas (art. 118); la que establece que no podrá retener el salario del obrero, ni tendrá acción para reclamarles el pago de sus créditos en especie más que los que procedan de habitación, combustible, terreno para cultivo, alimentos, medicinas y asistencia facultativa, instrumentos y materias primeras, necesarias para la producción de objetos que se fabriquen en el establecimiento. Los pactos en contrario serán nulos, como lo son también los de imposición al operario de proveerse de géneros en determinada tienda ó almacén, ó de destinar parte del jornal á otros fines que no sean al mejoramiento de su condición (arts. 118, 119 y 120).

Corporaciones de artes y oficios.—En este punto puede decirse que, salvo rarísimas excepciones, la ley orgánica húngara es copia de la de Austria, lo mismo en cuanto al establecimiento de dichas instituciones, á petición de las dos terceras partes de los industriales, que en cuanto á los fines que deben perseguir, que respecto á la resolución de las cuestiones entre patronos, operarios y aprendices. Sin embargo, en esta importante materia hay una innovación de bastante transcendencia que conviene consignar, y es la siguiente: El tribunal arbitral de la corporación ante el que se produzca la demanda á consecuencia de controversia entre patronos y obreros, intentará la conciliación de las partes; caso de no lograrla, pronunciará sentencia por mayoría de votos, prevaleciendo el del presidente si hubiera empate. *Las decisiones del tribunal serán ejecutadas por la autoridad industrial, entendiendo los tribunales ordinarios en la apelación, que no tendrá efecto suspensivo* (art. 14).

Digitized by Google

Autoridades industriales.—Hemos empleado en repetidas ocasiones la frase autoridad industrial, y para que no haya duda acerca de su significación legal, insertaremos por conclusión del capítulo, las disposiciones relativas á su organización. En tres grados se halla dividida la jurisdicción industrial en Hungría. Las autoridades industriales de *primera instancia*, son: en los comunes, el juez; en las ciudades que tienen un cuerpo orgánico de magistrados municipales, éstos mismos; en las ciudades en que existe derecho de jurisdicción, el jefe de policía; en Buda-Pesth, la autoridad del distrito. Autoridades industriales de *segunda instancia:* en los condados, el subprefecto; en las ciudades que poseen derecho de jurisdicción, los magistrados municipales. Autoridades industriales de *tercera instancia:* el Ministro de Agricultura, Industria y Comercio (art. 166). Las autoridades de primera instancia se asesorarán de representantes oficiales de las clases industriales (art. 172). En cada municipio habrá un consejo formado por industriales y presidido por el subprefecto ó el alcalde, encargado de emitir dictamen sobre las cuestiones profesionales sometidas á las autoridades industriales (art. 175).

(Continuará.)

ADOLFO A. BUYLLA Y G. ALEGRE,
Profesor de la Universidad de Oviedo.

Digitized by Google

SOBRE REORGANIZACIÓN DEL NOTARIADO

Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

VIII

Bases para una reforma orgánica.

SUMARIO: *a)* Si debe subsistir el documento auténtico. — *b)* Unidad de Notaría: dentro de la población; dentro del partido: ventajas de esta organización para los Notarios y para el público. — *c)* Fusión de la Notaría y el Registro de la propiedad. — *d)* Fusión de la Notaría-Registro con el Juzgado municipal. — *e)* Mudanzas en la función notarial: adaptación á España del sistema australiano de títulos reales de propiedad y de posesión; adaptación del sistema alemán de hipoteca preconstituída y traducida en cédulas endosables; — *f)* Cambios en el procedimiento civil. — *g)* Proyecto de ley de bases.

(Conclusión). *

c) Fusión de la Notaría y el Registro.

El artículo anterior *(b)* deja constituídas las cosas en la siguiente forma: una sola Notaría y un solo Registro de la propiedad en cada partido judicial; pero, ¿á qué obedecería esta dualidad? ¿Para qué dos oficinas, dos órdenes de funcionarios, protocolo de matrices por un lado y libros de extractos por otro? El título que crea el Notario representa en la obra de la contratación lo que diríamos el sustantivo, por cuanto su objeto es garantir, mediante la intervención de un órgano especial

---

(*) Véase el tomo 80, pág. 273. (Marzo-Abril, 1892.)

Digitized by Google

de verdad, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los contratantes, dándoles certidumbre y estabilidad: la inscripción que hace el Registrador es el adjetivo, pues tiene por objeto asegurar, mediante la publicidad, los derechos de los terceros: ¿qué obstáculo se opone á que se junten sustantivo y adjetivo en una misma oficina, en una misma plana de papel, en un mismo acto? O más claro, ¿qué se opone á que reciba valor sustantivo (autenticidad) la inscripción, ó valor adjetivo (publicidad) el instrumento notarial? En mi sentir, nada de fundamental: un puro accidente histórico. Escudríñese hasta los más escondidos rincones del pensamiento: no se descubrirá razón alguna filosófica, y menos aún económica, por la cual, para que una transmisión de inmuebles surta todos sus efectos,—entre los contratantes y para con los terceros,—ha de consignarse en una escritura, que quedará secreta, y en un extracto de ella, que será público; que el dominio y la posesión hayan de conferirse en dos tiempos diferentes y por autoridad de dos distintos funcionarios; que para que la prueba de un contrato sea eficaz en toda relación, ha de hacerse constar en otras tantas oficinas, en otros tantos libros. O la escritura ó el extracto huelgan: esto dice de primera impresión el sentido común. Y puede añadirse que nadie tampoco, en nombre de la ciencia, hace problema de esto: cuantos se ocupan en tal materia convienen en la posibilidad de concentrar en un solo concepto la fe notarial y la publicidad de las transmisiones; y la grave cuestión que los divide es si han de incorporarse las Notarías al Registro ó el Registro á las Notarías, ó más claro, si debe decirse que se lleva al Registro la sustantividad del Protocolo ó al Protocolo la adjetividad del Registro.

Que esto es hacedero lo prueba el que se está ya haciendo. El Notario, hemos dicho, da fuerza de verdad á los actos y contratos respecto de sus otorgantes: el Registrador se la da para con los terceros. Pero á menudo el Registrador por sí solo hace las dos cosas, inscribiendo actos ó contratos que no han

Digitized by Google

sido revestidos previamente de autenticidad por el Notario ni por ningún otro funcionario público, ejerciendo, por tanto, funciones notariales al mismo tiempo que de Registrador: tal, por ejemplo, en las inscripciones y notas marginales destinadas á hacer constar el cumplimiento de obligaciones futuras y de condiciones suspensivas, resolutorias ó rescisorias; en las cancelaciones que se instan, sin escritura pública, por medio de solicitud ratificada por los firmantes ante el Registrador; en las herencias, cuando el heredero es único, ó varios pro indiviso; en la anotación preventiva de créditos refaccionarios; en la inscripción del usufructo foral de Aragón y Navarra á favor del cónyuge sobreviviente; en la cancelación de inscripciones de hipoteca constituída para garantizar títulos transmisibles por endoso; en la cancelación del derecho del vendedor á retraer la finca vendida á carta de gracia, etc. Y la tendencia manifiesta, así en el legislador como en los científicos, no es á restringir, sino á ensanchar las facultades notariales de los Registradores; prueba de que no existe, en la opinión común, incompatibilidad de ninguna clase entre una y otra función. Ya vimos cómo la Comisión que redactó el proyecto de ley de 11 de Abril de 1864 (Sres. Cortina, Gómez de la Serna, C. Alvarez, F. de Cárdenas, etc.) proponía que se autorizase á los Registradores para certificar ó dar fe de la ratificación de los contratos privados sobre inmuebles ó derechos reales de cierta cuantía, celebrados en cualquier tiempo, que á presencia suya y de dos testigos hiciesen los otorgantes, y por tanto, para revestirlos de autenticidad y admitirlos en el Registro, como pueden certificarla en la actualidad cuando recae sobre adquisiciones de dominio de bienes inmuebles ó derechos reales verificadas, declaradas ó reconocidas por contratos privados antes de 1863. En un proyecto de ley presentado en 1889 al Senado sobre reforma de algunos artículos de la ley Hipotecaria, se proponía atribuir á los Registradores de la propiedad fe pública para solemnizar contratos privados sobre fincas de hasta 500 pesetas de valor, con el fin de atraer

Digitized by Google

al Registro la pequeña propiedad que vive casi toda fuera de la ley. Y si las dos veces ha fracasado el pensamiento, no es porque exista y se invoque algún género de incompatibilidad sustancial entre la fe pública y el Registro, sino únicamente porque se oponía el interés de la clase notarial. El proyecto de ley sobre Bancos agrícolas formulado por el Sr. Montero Ríos autorizaba la inscripción en los libros del Registro, de contratos que sólo constaran por documento privado, el cual se supondría reconocido por la parte á quien perjudicara si había ésta firmado en el asiento de la inscripción. El Congreso Jurídico celebrado en Barcelona en 1888 opinó asimismo por una gran mayoría que debe admitirse la constitución de la hipoteca marítima mediante documento privado, siendo inscribible ésta luego que los otorgantes se hayan ratificado ante el Registrador. Está admitido que la simple nota firmada por un Director general al pie de una escritura de fianza hipotecaria haciendo constar el acuerdo de cancelarla adoptado por la Dirección, es título bastante para que el Registrador cancele la inscripción respectiva sin exigirse escritura especial de cancelación (Resoluciones de la Dirección de los Registros, 17 Julio 1863, 5 Octubre 1864, 16 Mayo 1888); y pide la lógica que se admita otro tanto á los particulares, siempre que concurran personalmente ante el Registrador, para que éste pueda dar fe de la identidad de las personas y de su consentimiento, como ya en parte se admite, en el caso de que la cancelación se verifique por virtud de una solicitud escrita, al tenor del art. 90 del Reglamento hipotecario. Puede preverse el momento, si la actual forma de organización subsiste, en que este funcionario sea el llamado á autorizar toda suerte de actos y contratos inscribibles sin limitación de cuantía (que no tendría razón de ser), según propone una fracción considerable del mismo Cuerpo de Registradores en las Memorias antes extractadas, siguiendo el impulso vigoroso dado por el Sr. D. Victorino Santamaría en sus importantes *Estudios sobre legislación hipotecaria y notarial.*

Digitized by Google

Pero ya hemos dicho que la actual organización tiene que mudarse de raíz: las grandes deficiencias de nuestra legislación hipotecaria, los grandes males de nuestra propiedad territorial, no se reparan con remiendos por ese orden. Si se invistiese de fe pública al Registrador para un género de contratos, no habría razón en derecho que se la negara para los demás y en general, para toda clase de actos extrajudiciales; y luego, hecho Notario, por exigencias de lógica y de economía, el Registrador, se impondría con igual, y acaso con mayor fuerza hacer Registrador al Notario, bastándole á este efecto aumentar los índices, formar doble protocolo y abrir el uno, el de los contratos llamados inscribibles, á los terceros interesados, que ahora lo tienen todo, al menos teóricamente, en entredicho. No existe, en los límites de lo posible, solución derecha fuera de la apuntada: la fusión de los dos cargos, la concentración de las dos funciones en una sola.

Las ventajas de esta reforma saltan á la vista: sencillez, prontitud, seguridad, baratura; consecuencia necesaria, desarrollarse el crédito territorial, facilitarse el movimiento de la propiedad inmueble, removerse una de las causas que han engendrado la crísis agrícola. El servicio es más rápido; exige un sacrificio menor; pero, además, mirado desde el punto de vista del derecho, es más perfecto por lo que respecta á los contratos sobre la propiedad inmueble, en cuanto desaparecen cuatro riesgos que tan á menudo dejan burlados ahora á los propietarios y otorgantes: primero, las segundas enajenaciones en fraude de anteriores adquirentes; segundo, la presentación de títulos falsos en el Registro; tercero, la falsa anotación al pie de las escrituras, de supuestas inscripciones, no hechas en el Registro (1); y cuarto, la denegación de inscripción después

(1) En la actualidad se está instruyendo causa criminal contra un escribiente del Registro de la propiedad de Benabarre, por haber estampado notas de inscripción á su capricho, con el sello verdadero de la oficina y la firma suplantada del Registrador, en una buena parte de las escrituras que uno

Digitized by Google

de haber satisfecho los impuestos del timbre y de transmisiones y de haber sido pagado el precio de la venta ó entregado el capital del préstamo á un vendedor ó prestatario de quien tal vez no puedan ya recobrarse. Reducidos á un solo instante del tiempo los dos de ahora, la fecha del título y la de su presentación, la adquisición del dominio y la de la posesión legal, siendo la escritura y la inscripción una misma cosa,—la máxima *prior tempore potior jure* recobra su valor propio, perdiendo el absurdo y antijurídico que ha recibido con referirse al modo y no al título, á lo adjetivo y no á la sustancia: desaparece la necesidad de esa declaración del Código civil según la cual cuando el propietario enajena unos bienes inmuebles á dos ó más personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito ántes su título, y desaparece, porque en ningún caso caben dos enajenaciones de un inmueble ó derecho real por una misma persona. Desaparece la posibilidad, que hoy afea nuestro derecho civil, de que una inscripción obtenida fraudulentamente convierta en ciertos ó legítimos, contratos falsos ó nulos, con despojo del legítimo dueño,—monstruosa consecuencia á que ha llevado el rigor de sus principios la ley Hipotecaria,—y de que un tercero comprador de buena fe sea perseguido como cómplice en el fraude. Desaparece asimismo la calificación de los documentos como acto distinto de su autorización, y los rozamientos, dilaciones, gastos y perjuicios á que da lugar con la suspensión ó la denegación de inscripción y los recursos gubernativos consiguientes. Desaparece el problema de si ha de ser inscripción

---

de los Notarios de aquella villa remitía periódicamente al Registro por encargo de los otorgantes, y que de hecho no fueron inscritas. El escribiente en cuestión, al devolver al Notario, por orden de su jefe, las escrituras formalizadas debidamente por éste, les unía las que él había ocultado, recogía los honorarios devengados por todas, guardaba para sí los correspondientes á las susodichos instrumentos ocultos y aparentemente inscritos, y entregaba el resto al Registrador. Parece que este juego ha durado años sin que nadie lo advirtiese.

Digitized by Google

ó transcripción. Desaparece la necesidad de sacar certificado de cargas y demás en el Registro, como trámite previo á la compraventa, á la permuta, á la constitución de hipotecas. Desaparece la necesidad de pagar dos veces á dos distintos funcionarios por un solo servicio.

Mirado el problema desde un punto de vista más general, la solución propuesta representa un ahorro grande de energía para el país, pues produce con un solo esfuerzo el mismo resultado que ahora exige dos: disminuye los rozamientos de la vida jurídica por lo menos en una mitad. Una de las cosas de que está más necesitada España es la simplificación de sus organismos oficiales: la historia le ha ido creando tantos, se han acumulado sobre el cuerpo social en tan gran proporción y con tal lujo de engarces, ingertos, soldaduras y cruzamientos, que lejos de coadyuvar á su vida y hacerla más llevadera, la estorban y comprimen. La regla en biología es que los órganos se hallen constituídos para servir al cuerpo; y aquí es el cuerpo quien parece creado para servir á sus órganos. En todas partes, el cuerpo vive por los órganos; y aquí, al revés, desfallece y muere de ellos. Lo primero que necesitaría para revivir sería una poda muy profunda, que llegase hasta el tronco. La vida moderna pide salir de sus moldes antiguos, demasiado estrechos para su vida expansiva y liberal: cuando la sustancia y objeto del derecho, el comercio humano, las mercaderías, las personas, la correspondencia, van en ferrocarril, no pueden ir en carreta las formas y las garantías de ese mismo derecho; y en carreta van aún así la fe pública como el procedimiento judicial. La fusión que proponemos tiende á restablecer—dentro de su esfera—el equilibrio perdido entre el fondo y la forma, entre el derecho sustantivo y el adjetivo; y trae encima de esta recomendación la de que consigue ese resultado sin amputar órganos, operación siempre dolorosa: refundiéndolos.

Digitized by Google

d) Fusión de la Notaría-Registro con el Juzgado municipal.

Desde que en 1855 se crearon los «Jueces de paz», más tarde «municipales», no ha pasado año sin que una nueva ley haya venido á ensanchar su jurisdicción y á imponerles nuevas obligaciones: el Código penal, el Código de Comercio, el Código civil, las leyes de Enjuiciamiento, la legislación Hipotecaria, la legislación Notarial, la del Registro civil, las leyes Provincial y Municipal, la de Orden público, la de Aguas, la de Montes, la del Jurado, la orgánica del Poder judicial, las de Hacienda sobre contribución industrial, apremios por débitos al Tesoro, y cien más que exigirían de aquel funcionario, para el buen desempeño de su cargo, una vasta cultura jurídica. Esto no obstante, por un contrasentido que no puede hallar explicación más que en la Historia, se ha reconocido y sigue reconociéndose aptitud legal para el ejercicio de esta magistratura á todo español seglar, mayor de veinticinco años, *que sepa leer y escribir;* siendo lógica por ello esta declaración, —tan monstruosa en el fondo—hecha por el Tribunal Supremo en causa por prevaricación: que «en la sentencia injusta por ignorancia, dictada por un Juez municipal en juicio de faltas, es la ignorancia excusable siendo el juez *lego en derecho, sin carrera profesional...* que fué inducido á error por el fiscal municipal (¡pero éstos pueden ser *legos* también!), quien le propuso la pena que él señaló» (1).

Por fortuna, el mal nacido de este estado de cosas, en que tanto padece el derecho, se siente por todos con bastante in-

(1) Sentencia de 14 de Octubre de 1884 (*Gaceta* de 24 de Enero 1885).—Añádase la costumbre, más monstruosa todavía, de que tales jueces sean elegidos por los respectivos diputados ó senadores, limitándose las Audiencias á refrendar los nombramientos hechos por ellos, como dice el Sr. Armengol y Cornet.

Digitized by Google

tensidad para que no pueda retardarse por más tiempo el remedio. Cuál haya de ser éste, ya no es tan fácil adivinarlo. La ley orgánica del Poder judicial de 1870, según la cual el cargo de Juez municipal es obligatorio, disponía que en las poblaciones donde hubiese letrados con la aptitud necesaria fuesen preferidos á toda otra persona; pero no se había contado con la realidad, y les ha sido imposible á los presidentes de las Audiencias superar los obstáculos que constantemente se oponen á dar cumplimiento á este precepto, el cual, en consecuencia, ha quedado incumplido. El Real decreto de 2 de Junio de 1883 abrió un camino, exigiendo para ser Juez municipal en las capitales de Audiencia territorial y poblaciones donde haya más de un Juzgado el ser abogado y reunir como tal las condiciones que se exigen para ser Juez de término, ó por lo menos de ascenso; y podría parecer que no había más sino generalizar la medida, haciéndola extensiva en igual forma á los demás municipios de la Península. Opónense á ello, sin embargo, razones de cuenta, tales como éstas: la escasez de negocios privados que reclaman la intervención del Juez en los pueblos de corto vecindario, y el número considerable de tales funcionarios que serían menester, aun formando circunscripciones de Ayuntamientos, que, desgraciadamente, atendido el fin de la institución, no podrían ser muy extensas. Por lo primero, el oficio no rendiría lo bastante para proveer á la decorosa subsistencia de los Jueces, suponiendo que los particulares hubieran de seguir retribuyendo directamente, como ahora, los servicios que reclamen de la justicia; que ha sido el motivo de que el decreto citado no pudiera imponer la condición de letrado á los Jueces municipales ni siquiera en las cabezas de partido cuando no eran de cierta importancia. Por lo segundo, le sería imposible á la Hacienda ofrecer un sueldo á tales funcionarios, aun reservando para sí los productos del Arancel (1). No caben ya más convidados en la mesa del Pre-

(1) «Mucho convendría, á juzgar por experiencias de otros países, consti-

Digitized by Google

supuesto, y sería condenar á segura muerte la reforma desde antes de haberse planteado, si se contara para ello con el vulgar y cómodo arbitrio de encarecer la tributación. Se echaría de menos muy pronto el régimen actual, tan imperfecto y rudimentario, pero en consonancia con la pobreza del país, y no tardaríamos en verlo restablecido, después de haber agravado con nuevos déficits la ya grave situación del Tesoro, y de haber distraído durante meses, y acaso años, la atención del Parlamento con la resistencia que naturalmente habrían de oponer los intereses creados. La historia de las Administraciones subalternas y de las Audiencias de lo criminal es en pequeño una muestra por adelantado de lo que necesariamente tendría que suceder con los Juzgados municipales, reorganizados sobre tal base. Cierto que estarían mejor empleados en ese servicio caudales que se invierten en otros menos necesarios, ó quizá innecesarios del todo; pero el hecho es que le han tomado la delantera, que no es obra de un día ni de una generación desalojarlos de unas posiciones donde han echado tan profundas raíces, y que el país no puede acudir simultáneamente á todos ellos.

Volviendo ahora la vista del lado del Notariado, se nos plantea otra antinomia del mismo género y no menos difícil. Las estadísticas formadas recientemente por los Registradores de la propiedad y publicadas por el Ministerio de Gracia y Justicia, á que antes nos hemos referido, ponen de relieve un hecho que estaba ya en la conciencia de todos, aunque no podía dársele como ahora una expresión numérica: con mengua del

---

tuir un cuerpo permanente de Jueces municipales dotados, formando con ellos el primer grado de la escala judicial. Mas, por doloroso que sea confesarlo, se ha de reconocer que la situación del Tesoro no consiente, por ahora, la reforma, tanto más difícil, cuanto que el estado de nuestras vías de comunicación y la tenue densidad de población rural en dilatadas comarcas de muchas provincias harían menester el aumento excesivo de agrupaciones, y con él de gravámenes para el Erario público.» (R. D. de 2 de Junio de 1888.)

Digitized by Google

crédito territorial, la masa mayor de la riqueza inmueble se mantiene alejada del Registro de la propiedad: lo mismo que en los pueblos de organización inferior, vive la vida de la buena fe y del documento privado. Las causas determinantes de este hecho son múltiples, pero fundamentalmente pueden reducirse á dos: lo gravosa que resulta la constitución del documento público, por lo elevado de los tributos que el Estado tiránicamente le impone, y la escasez de funcionarios autorizados para imprimir carácter de autenticidad á los contratos y demás actos extrajudiciales. Algunos Registradores, en la información antes aludida, relacionan entre sí estos dos hechos, la progresiva reducción del número de Notarios rurales en las nuevas demarcaciones, y el desarrollo constante de la titulación privada y de los intestados, viendo en el primero una concausa del segundo; y deducen la necesidad de aumentar el número de Notarías hasta el límite mínimo de una por cada término municipal. Por desgracia, este pensamiento, aun siendo racional, sería inasequible, por los mismos motivos que impiden demarcar un juez letrado á cada municipio: lejos de eso, si la actual organización ha de mantenerse, será fuerza suprimir muchas de las Notarías que respetó la última demarcación, visto el escaso número de instrumentos que se autorizan en ellas y que no producen á sus titulares, no obstante lo relativamente elevado del Arancel, una retribución suficiente; con lo cual se irá haciendo cada vez más difícil la constitución de la prueba auténtica y acentuándose por momentos ese movimiento de desasimilación que ha convertido ya poco menos que en raro y excepcional un instrumento de prueba tan perfecto y que tanto convendría generalizar como la escritura pública. En suma, que las poblaciones rurales, esto es, la mayoría de los españoles, tienen que seguir fatalmente privados de Notario y de Juez municipal letrado, á menos de transformar radicalmente la organización actual.

Para salvar, en parte, el inconveniente respecto de la fe pública, apuntó el Real decreto de 20 de Enero de 1881, y ha

Digitized by Google

repetido el de 2 de Junio de 1889 (1), que podría derogarse el art. 16 de la ley del Notariado, según la cual «el ejercicio del cargo de Notario es incompatible con todo otro que lleve aneja jurisdicción, con cualquier empleo público que devengue sueldo ó gratificación, etc.» Concretando más el pensamiento, proponen los Registradores en sus Memorias, y una parte del Cuerpo Notarial había propuesto ya antes, que se encomienden á los Notarios las Secretarías de los Juzgados municipales, y también, que se separen del conocimiento de éstos y se atribuyan á los depositarios de la fe pública los actos de jurisdicción voluntaria. Pero ¿por qué no también los de la contenciosa? ¿Por qué «Secretarios» de juzgado y no «Jueces»? No se alegará principio alguno de derecho en abono de esa supuesta incompatibilidad. En Alemania, los Registradores de la propiedad, que ejercen juntamente la fe pública respecto de las transmisiones de bienes inmuebles y de las transmisiones y constitución de derechos reales, forman parte, según vimos, del orden judicial, y á menudo ejercen simultáneamente la judicatura (2). A los ojos de la razón ha de parecer ilógico

---

(1) «Con las nuevas reformas introducidas en la demarcación... y reducido en general el número de funcionarios de la fe pública, espera el infrascrito mejorar las condiciones de los Notarios de la última categoría; mas si, á pasar de ello, todavía fuera difícil la subsistencia de estos funcionarios, el Gobierno, para no desatender la contratación y el servicio público en los pueblos de poco vecindario ó de escasas comunicaciones, se vería precisado á proponer á las Cortes... la modificación del art. 16 de la ley del Notariado, según ya indicaba el digno antecesor del que suscribe al publicarse la demarcación notarial de 20 de Enero de 1881.» (Real decreto de 2 de Junio de 1889.)

(2) Las bases del Notariado en Prusia no han cambiado mucho de como eran en tiempo del ilustre Meyer: «Es en Prusia donde los tribunales se arrogaron la más amplia autoridad en materia de transacciones, habiendo llegado á un extremo verdaderamente pasmoso. La tutela de los menores y los depósitos judiciales corren á cargo de los jueces. Ante los tribunales han de otorgarse toda clase de actos y contratos que versen sobre enajenación de inmuebles, constitución de hipotecas, enfiteusis, anticresis, transacciones

Digitized by Google

el consorcio de un juez iletrado y un secretario letrado: á lo que la experiencia nos tiene acostumbrados es á lo contrario. En los términos de la ley orgánica del Poder judicial, puede desempeñar el cargo de juez municipal un labrador, un menestral, un comerciante, un boticario, un abogado: con más razón habría de poder ejercerlo un notario, siendo cargo este que por tantos puntos se toca, y aun se compenetra, con el de juez. La base 21 del anteproyecto para la reforma de la ley de Enjuiciamiento civil, impreso y circulado para consulta por orden del Ministro de Gracia y Justicia en 1889, establecía que «los actos de jurisdicción voluntaria, en cuanto lo permitan las disposiciones del Código civil y de Comercio, ó de otras leyes sustantivas á ellos referentes, quedarían encomendadas á los Notarios y se autorizarían por medio de actas notariales,

---

sobre derechos muebles, ventas voluntarias de buques, contratos de matrimonios, testamentos, adopciones, emancipaciones, legitimaciones, transacciones sobre alimentos, pactos sucesorios, constituciones de renta, donaciones, arrendamientos que excedieran de cierta suma, en una palabra, toda clase de actos de la vida social ó del comercio que revistieran alguna importancia: sólo aquellos que por su escasa cuantía parecían impropios de la dignidad del magistrado, se pusieron al alcance de los notarios, sin perjuicio de que también las partes pudieran celebrarlos, si así lo estimaban preferible, ante el tribunal. En todos estos casos, el juez no es un mero testigo instrumental; ha de averiguar si las partes contratantes tienen derecho de obligarse, y si la obligación es en sí misma lícita y válida; tiene que encargarse de la redacción del contrato conforme á la intención de las partes, cerciorándose antes de que esa voluntad es firme, y explicándoles las consecuencias posibles ó probables de él; ha de negarles su ministerio cuando crea lesionados los derechos de un tercero ó note vislumbres de mala fe. El régimen hipotecario de Prusia, tan ponderado por todos aquellos que no conocen de él sino la superficie, descansa fundamentalmente en esta base: que es derecho y deber del magistrado examinar la fuerza obligatoria de los contratos y los derechos posibles de los terceros, aun no presentándose como reclamantes, antes de admitir á las partes á contraer solemnemente una obligación.» (Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires*, Paris. 1823, tomo IV, págs. 292-293.)

Digitized by Google

mientras no haya resistencia ú oposición de parte interesada.» Y la Comisión del Senado encargada de emitir dictamen sobre el proyecto de ley aclarando la inteligencia de algunos artículos de la ley Hipotecaria, fecha 12 de Marzo de 1890, en su artículo 8.° atribuye competencia para autorizar las informaciones posesorias á los Jueces municipales, á los Notarios y á los Registradores de la propiedad. El Juez municipal es el funcionario que da fe de la celebración de los matrimonios, género de contrato de harto mayor transcendencia que los contratos ordinarios sobre bienes, y extiende el acta de casamiento, según el art. 100 del Código civil. Con arreglo á su artículo 48, la licencia ó el consejo favorable á la celebración del matrimonio ha de acreditarse por documento autorizado ante Notario ó ante Juez municipal; y habría estado más acertado el artículo 1324 facultando al propio Juez, y no al Secretario del Ayuntamiento, para autorizar la escritura de capitulaciones matrimoniales en cierta hipótesis. Según la ley y el reglamento del Notariado, para que una escritura notarial haga fe fuera del territorio de la Audiencia donde se autorizó, ha de ser legalizada la firma del Notario autorizante por otros dos Notarios del mismo partido judicial, y si no los hubiere, por el Juez de primera instancia con su V.° B.° y el sello del Juzgado. Según la ley Hipotecaria, artículos 405 y 406, para que puedan inscribirse las adquisiciones de dominio de bienes inmuebles ó derechos reales verificadas, declaradas ó reconocidas antes de 1863 por medio de contratos privados, ha de revestirse á éstos de autenticidad por ante la fe del Registrador de la propiedad ó del Juez municipal. El proyecto de ley de 11 de Abril de 1864 hacía extensivo ese precepto á los contratos que se celebraran en cualquier tiempo, siempre que no excedieran de cierta cuantía: los contratantes que no quisieran otorgar su contrato ante Notario, ni concurrir á la cabeza del partido para verificarlo ante el Registrador, presentarían dos ejemplares de su contrato privado ante el Juez de paz del respectivo domicilio ó del lugar en que radiquen los bienes, se

Digitized by Google

ratificarían en su contenido y reconocerían sus firmas ante dicho Magistrado, su Secretario y dos testigos hábiles; el secretario certificaría del acto al pie de uno de los ejemplares y estamparía nota de esa ratificación y de su fecha; firmarían en los dos ejemplares los testigos, el Juez y el Secretario, y en esa disposición y sellados con el sello del Juzgado serían entregados á los otorgantes para su inscripción en el Registro como documentos revestidos ya de la necesaria autenticidad; «si la escritura otorgada ante un Notario (decía) es título bastante para la inscripción del dominio á favor del que lo adquiera de ese modo, no puede negarse la misma virtud al documento privado que se ratifique ante un Registrador ó un Juez de paz.» Los certificados de los actos de conciliación en que por convenio de las partes se constituye algún derecho real sobre bienes determinados, tienen el mismo valor que las escrituras notariales (art. 476 de la ley de Enjuiciamiento civil), y en su consecuencia: *a)*, constituyen prueba auténtica en cualquier juicio; *b)*, llevan aparejada ejecución, y los jueces han de despacharla luego que haya vencido el plazo y la inste el acreedor; *c)*, son inscribibles, en opinión de algunos, con arreglo al art. 8.° del Reglamento hipotecario, y en todo caso lo han sido hasta que la Dirección general en 1880 decidió, por interpretaciones artificiosas y rebuscadas, excluirlos del Registro, temiendo, sin duda, por la suerte de los Notarios, pues en rigor no se oponen á ello sino razones incidentales, tales como el no hallarse organizados en los Juzgados el sistema de protocolos é índices y el de identificación de las personas contratantes, que dan á los documentos notariales mayores garantías de certeza y de autenticidad que á los de los Juzgados municipales.—En una palabra, ejerce la fe pública fragmentariamente en concurrencia con los Notarios, y nada se opone de fundamental á que se le autorizase para ejercerla en toda relación, incorporando en la suya la función entera del Notariado. Eleva á escritura pública las cédulas testamentarias: ¿por qué no había de recibir testamentos que fueran

Digitized by Google

documentos auténticos como los otorgados ante Notario? Instruye expedientes posesorios: ¿por qué no había de ser él mismo quien los exhibiera y librase certificados de ellos á los interesados? Tiene á su cargo el Registro civil: ¿por qué no podría tener del mismo modo el de la propiedad? ¿Por qué ha de haber dos ó tres órdenes de funcionarios para una sola función? En los convenios celebrados en actos de conciliación, el Juez municipal no interviene como tal Juez, para fallar, sino como autoridad revestida de fe pública para autorizar el acto, para testificar de él; ó lo que es igual, interviene con carácter puramente notarial: ¿por qué no había de poder hacer otro tanto respecto de contratos convenidos antes del otorgamiento, ó sea, fuera de acto conciliatorio?

En toda Europa ejerce y ha ejercido siempre la judicatura funciones notariales por el medio indirecto de la *cessio in jure*, ó sea, del juicio simulado ó convenido; y no cesará la pugna entre Jueces y Notarios en tanto permanezcan separados estos dos cargos, que parecen llamados por su propia naturaleza á vivir juntos debajo de una inteligencia común. A este propósito, es altamente instructiva y merece ser estudiada la historia de las vicisitudes del Notariado en los Países Bajos, y su lucha secular con los tribunales de justicia. Introdujeron dicha institución los soberanos de la casa de Borgoña en el siglo XV, y regularizó su organización el emperador Carlos V en el XVI. Desde el primer día tuvieron enfrente dos clases de enemigos: los concejos y los tribunales. Partiendo del principio legal de que los Jueces eran en Holanda testigos instrumentales desde tiempo inmemorial, establecieron los concejos como regla que las transmisiones de inmuebles se otorgasen exclusivamente ante el magistrado administrativo ó judicial, y que los escribanos y secretarios de los tribunales pudieran autorizar instrumentos de todas clases lo mismo que los Notarios; que fué tanto como anular á éstos por completo, por cuanto aquéllos se encontraban en mejores condiciones para atraer á sí toda la clientela, merced al cargo judicial que desempeñaban. El me-

Digitized by Google

dio de que se valían los tribunales para ejercer funciones notariales en competencia con los Notarios, era el juicio convenido. Una vez que las partes se habían puesto de acuerdo acerca de los términos de su convenio, consintiendo en hacerse condenar voluntariamente, comparecían ante el Tribunal instando y consintiendo una sentencia de ratificación: esta sentencia ó auto, dictado de conformidad con las partes, daba al convenio la misma fuerza que si hubiese sido otorgado ante un Notario: llevaba aparejada ejecución. Como era de temer, entablóse una competencia mortal entre los Jueces de los concejos y los Tribunales superiores y de unos Juzgados con otros, engendrándose en ella infinitos conflictos de jurisdicción, prácticas abusivas, opresión de los Notarios, intrusión de los Tribunales superiores en la jurisdicción de los Jueces municipales, etc., que subvirtieron todos los principios del procedimiento.—En España (ya lo vimos en el capítulo I), la emulación y la competencia entre el orden judicial y el notarial han llegado hasta nuestros días y están hoy más vivas que nunca, sin que el legislador sea poderoso á remediarlas por ningún arte: «huyendo antes el préstamo de la escritura y del juicio, se refugió en el acto de conciliación (art. 218 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855): se le expulsó de aquí, matando este acto importantísimo del procedimiento (art. 476 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1881), y halló refugio contra la persecución y medio de sacrificar más al deudor, en el juicio verbal; y ahora añado que si se inutilizara esta guarida, se ampararía en el embargo preventivo; si éste se le hiciera imposible, apelaría al juicio ejecutivo; si también se le desalojara de él, encontraría asilo en un juicio ordinario de mayor ó de menor cuantía, en el cual se conformaría el deudor con la demanda, se dictaría sentencia condenándole al pago, y se haría ésta efectiva con todo el aparato de ritual y gastos consiguientes; y así, de una en otra trinchera, de uno en otro foso, iríamos hasta destruir la ley de Enjuiciamiento civil entera por inútil para el objeto que nos propusiéramos, dejando en el mayor

Digitized by Google

desamparo á los que en justicia y verdad necesiten de los Tribunales» (1).

Acabamos de ver que no existe incompatibilidad de ningún género entre la jurisdicción municipal y la fe pública. Concentrándolas en cabeza de unos mismos funcionarios, podría dotarse desde luego de Jueces letrados á un gran número de poblaciones, además de las capitales de partido, y salvarse de camino no pocas Notarías de las que están amenazadas de una próxima amortización.

Pero no concluye aquí todo, ni eso bastaría. Existe otra función congener de las anteriores y acumulable á ellas: el Registro de la propiedad. Por razones distintas que el Juez y que el Notario, el Registrador encuentra también muy pocas ocasiones de intervenir en algún acto con su calidad de funcionario letrado: su cargo carece de toda importancia científica (2),

---

(1) *Justicia municipal*, por D. Mariano Fonseca, Juez decano de los de primera instancia de Madrid, ap. REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, tomo 76, pág. 326 (Marzo-Abril, 1890). Ocupándose de la viva oposición que se hace á los juicios verbales convenidos, como antes á los actos de conciliación convenidos, empleados en concepto de contratos más baratos y más eficaces que los testificados por Notario, dice: «Es más, yo entiendo que el clamoreo atronador á que me he referido tiene algo, y acaso mucho, de interesado y de hipócrita; porque entre las voces oigo algunas de deudores que querrían burlar á sus acreedores...; otras de Notarios, que han dejado de autorizar crecido número de escrituras; otras de Actuarios, que ven disminuirse el número de pleitos por el medio sencillo de fraccionar las cantidades prestadas para amoldarlas á los juicios de que se trata; otras de Juzgados municipales preteridos en estos asuntos por otros que los acaparan empleando medios ó modos que presumo, pero que no he podido comprobar.»

(2) «No se oculta á nadie que conozca un poco los Registros de la propiedad, que la mayor parte de las operaciones que éstos practican son puramente materiales, y en ellas no se ejercita otra función intelectual que la atención, por el cuidadoso esmero que todas exigen. Fuera de la calificación de algún documento complicado, poco frecuente; de la inspección de los trabajos de registro y liquidación que periódicamente se llevan á cabo, y de la vigilancia por el buen orden de las operaciones, el Registrador encuentra en la oficina pocas dignas de ocupar su tiempo. No puede menos de ser así:

Digitized by Google

reduciéndose lo más de él á operaciones casi mecánicas al alcance de personas no letradas; y así se explica que el Reglamento Hipotecario de 1870 autorice al Registrador para que nombre sustituto á «cualquier español de estado seglar, mayor de veinticinco años», y que Registros de primera importancia estén desempeñados á veces durante meses enteros, y aun durante años, por tales sustitutos iletrados, sin más ciencia que la práctica. Al revés que con los Jueces municipales, sucede con los Registradores: que la ley les exige aptitudes científicas muy superiores á las que requiere el cargo: los vastos conocimientos jurídicos que en éste les sobran, están haciendo falta en los Juzgados. Por otra parte, la función judicial no es más incompatible con la de Registrador que con la de Notario. El Registro civil corre á cargo del Juzgado municipal, y no hay razón seria que se oponga á que del mismo modo dependiese de él el Registro de la propiedad: ya vimos que en Alemania este Registro estuvo confiado á los Tribunales de justicia hasta 1872, y que desde entonces el grundbuchrichter tiene título y categoría de juez, y que á las veces concentra en su mano, sobre las funciones de Notario-Registrador, las judiciales. En España, en los casos de vacante de un Registro ó de suspensión del Registrador, se hace cargo de la Oficina el Fiscal municipal de la cabeza del partido, siempre que reuna la condición de letrado (1); y viceversa, los Registradores habían de servir el cargo de Promotor fiscal cuando se carecía de pro-

---

de otro modo, nadie se explicaría cómo algunos Registradores pasan meses fuera de sus Registros sin que éstos dejen de marchar desembarazadamente, entregados tal vez á personas desprovistas de la más leve tintura de la ciencia del derecho.—Podrá decirse que el sustituto consulta al Registrador ausente cuando cree que deba hacerlo; pero á esto se replica que por cada operación que ocasiona consulta, practica sin ella el Registro millares de operaciones, con lo que queda en pie la tesis sustentada» (Victorino Arias Lombana, ap. *La Reforma legislativa*, 6 de Enero de 1878, pág. 4).

(1) Real decreto de 17 de Noviembre de 1890, art. 15; Reglamento Hipotecario, art. 264; cf. Real orden de 20 de Febrero de 1883.

Digitized by Google

pietario y sustituto y de abogados que pudieran ejercerlo (1). El Sr. Oliver escribe, ignoro con qué fundamento, que «los Registradores suelen desempeñar como suplentes ó sustitutos las funciones de la Magistratura... y hasta se les obliga á ello en algunos casos» (2). Y el Sr. Fonseca, en la Memoria antes aludida, propone que el cargo de Juez sustituto de primera instancia se dé «á los Registradores de la propiedad, quienes pueden servir á la vez los dos destinos, que son letrados, que tienen igual categoría, que ingresan en la carrera del mismo modo, que residen, en su mayoría, fuera del pueblo de su naturaleza... y que tienen, por último, la práctica derivada de las funciones propias de su destino» (3). Actualmente, entre las funciones de los Jueces de primera instancia y de los Presidentes de Audiencia, figura la de resolver los recursos gubernativos que se entablan contra el Registrador por haber denegado ó suspendido la inscripción ó anotación solicitada (4). Con los mismos dos expresados funcionarios del orden judicial han de consultar los Registradores las dudas que se les ofrezcan sobre la inteligencia y ejecución de la ley Hipotecaria y de los Reglamentos dictados para su ejecución (5). En otro orden, ya hemos visto cómo el Senado admite en un proyecto de ley aprobado por él, que se faculte á los Registradores para autorizar ó practicar informaciones posesorias, en concurrencia con los Notarios y con los Jueces municipales.

La consecuencia que se desprende de todas estas premisas no puede ser más obvia: la posibilidad, la necesidad racional y la conveniencia de reducir á una sola clase de funcionarios las

---

(1) Real orden de 15 de Mayo de 1878: cf. Ley orgánica adicional, art. 58, y Real orden de 20 de Febrero de 1884.

(2) Biblioteca judicial, *Legislación Hipotecaria española*; con un prólogo de D. B. Oliver, Madrid, 1886, tomo 1.°, pág. 28.

(3) *Justicia municipal*, loc. cit., pág. 319.

(4) Reglamento Hipotecario, art. 57.

(5) Ley Hipotecaria, art. 276; Reglamento, art. 221 y siguientes.

Digitized by Google

tres de ahora, Notarios, Registradores y Jueces municipales (1). Añádase la unidad de Oficina—(Notaría-Registro-Juzgado)—dentro del partido judicial, en los términos en que la he expuesto, limitada hipotéticamente á la función notarial, en el párrafo *b*) de este mismo capítulo, y habré dado á conocer lo que considero como ideal, y escrito la conclusión del presente libro. Las ventajas de tal organización saltan á la vista. El funcionario encargado de revestir de autenticidad á los actos y contratos de los particulares, se aproxima á éstos: lo que ahora se verifica en dos momentos separados, autenticidad y publicidad, ó como dicen otros, título y modo, queda reducido á uno solo: la justicia municipal es administrada por jueces que, además de ser letrados, han tenido que acreditar estudios especiales, prácticos y teóricos, antes de obtener el nombramiento. La unidad de Oficina en todas las poblaciones, incluso en aquellas en que, por la multiplicidad de contratos y de actos judiciales y extrajudiciales, ha de requerirse un número relativamente elevado de estos funcionarios, la abonan, entre otras razones, las siguientes: distribución instantánea de los negocios del día entre los titulares asignados á cada oficina, y despacho más pronto; posibilidad de atender en ese reparto á las aptitudes y vocación de cada uno, y por tanto, trabajo más perfecto; retraso menor por causa de enfermedades, fallecimientos, incapacidades y ausencias; disciplina moral más sólida, por la virtud del espíritu corporativo y la inspección inmediata y continua del jefe; unidad en la interpretación de las leyes; mejor y más pronto conocimiento de las nuevas disposiciones legales que van apareciendo; la oficina común sirve de laboratorio y escuela práctica á los aspirantes recién ingresados, y éstos introducen periódicamente en ella nueva savia, interrumpiendo la formación de

(1) Este funcionario enciclopédico podría ser designado con un nombre de tradición tan gloriosa como el de *pretor*, que suena en inscripciones hispano-latinas y que en Italia se aplica al Juez municipal. En este trabajo lo designaremos por Juez municipal.

Digitized by Google

prácticas rutinarias y desentumeciendo el espíritu de sus compañeros, dispuesto siempre, por ley natural, á la petrificación y al enmohecimiento; unidad de archivo, y como consecuencia, mayor facilidad de encontrar los antecedentes que necesitan los particulares para transmitir, reivindicar ó defender sus derechos; custodia de los documentos depositados en él, más eficaz y segura que hallándose diseminados como ahora en las habitaciones de varios Notarios, Registradores y Jueces.

Pone el sello á esta organización la igualdad en los provechos, la unidad de categoría. Mientras existan grados, jerarquías, y el transito de uno á otro represente un aumento de ingresos, consiguientemente de bienestar ó de fortuna, habrá que deplorar ese «instinto viajero y esa impaciencia de ascenso» que denunciaba el Sr. Canalejas en su discurso de apertura de los Tribunales (1889), y que hace pasar á Magistrados y Fiscales la mitad de su vida en Madrid, poniendo apretado cerco al Gobierno, y por los caminos en traslación perpetua. Por otra parte, nada justifica la desigualdad de remuneración entre funcionarios de un mismo orden y que prestan servicios iguales: el mismo saber, igual atención é idéntico tiempo requiere sustanciar un pleito en Sariñena que en Madrid; ni cuesta más trabajo escriturar una contrata del Gobierno ó de una Compañía, que produce al notario de Madrid 2.500 pesetas, que otra de un Ayuntamiento de aldea que le vale al notario rural 5 duros mal contados. Si uno ha servido muchos años al Estado, otros tantos le han sido pagados por éste y nada le debe. No se impone menos el criterio de la igualdad si se mira á las necesidades que los funcionarios han de cubrir, ya que los mismos precios tienen establecidos el tahonero, el carnicero, el carbonero, el zapatero, el sastre, para los empleados que perciben 50.000 reales que para los que sólo cobran 10.000. Si se objetare con la edad, replicaré que no tiene el viejo sobre sí responsabilidades superiores á las que tiene el joven, compensándose las de aquél (hijos, mujer...) con las de éste (padres, hermanos, atrasos de carrera y oposiciones...). Y si se recordase que la

Digitized by Google

vida en la aldea es más barata que en la ciudad, saldrán al reparo esa multitud de compensaciones, unas comunes, otras que diríamos de afección, tan positivas, que no habrá un funcionario entre cincuenta que no prefiera la ciudad á la villa, Madrid á la provincia. En todo caso, ha de parecer más racional que pueda hacer ahorros en la villa, esto es, durante su juventud, para cuando sea viejo, que no en la vejez para morir rodeado de lo superfluo después de haber vivido sin lo necesario. Así se halla establecido en muchos casos en Inglaterra; y en achaques de sociología y de política, no hay conductor más fiable ni el sentido común ha encontrado jamás mejor intérprete. España debería aprovechar la creación de este cuerpo administrativo, que nace libre de compromisos del pasado, para hurtarse á la antigua rutina y acreditar aquel principio elementalísimo de economía y de justicia, que sucesivamente ha de irse extendiendo á las demás esferas de la Administración. Por igual razón, y ante la gran necesidad que siente el país de sacudir la inmensa responsabilidad de las Clases pasivas, que lo postra, pienso que debe redimírsele de ella por lo que respecta al nuevo Cuerpo de Jueces municipales, si bien constituyendo en lugar suyo un fondo de previsión para socorrer á éstos y á sus familias, que podrá adoptar la forma de los antiguos Montepíos, sea pura ó combinada con los Seguros.

Centralizadas del modo dicho las tres funciones de Registradores, Jueces y Notarios, es casi seguro que no necesitaría contribuir el Tesoro con suplemento grande ni pequeño para crear un Juzgado-Notaría-Registro en cada municipio ó circunscripción y asegurar una subsistencia decorosa á sus titulares, aun reduciendo, como es de razón, algunas partidas de los Aranceles vigentes. Como habría de ayudar el Estado, y en nada mermarían con ello sus ingresos, es reduciendo los impuestos del timbre y de derechos reales sobre los actos y contratos; que sería provocar un aumento considerable en el número de éstos y prestar un servicio señaladísimo á esa gran masa de población que vive la vida del derecho en la misma

Digitized by Google

forma que podría vivirla si no existiera ninguno de los actuales organismos del Estado y de la Administración.

Ultimamente, tiene aplicación, en lo sustancial, á esta última y superior forma de organización lo expuesto bajo la letra *b*), §§ 1.° y 3.° (*unidad de Notaría dentro de la población; unidad de Notaría dentro del partido)* de este mismo capítulo, y lo doy aquí por reproducido.

e) Mudanzas en la función notarial, titulación, Registro, etc.

Hasta aquí hemos atendido á perfeccionar el órgano; pero no basta: hay que perfeccionar juntamente la función, si se quiere que la reforma penetre hasta la raíz del mal y no sea uno de tantos remiendos abortivos y sin consecuencia. El hecho de que el pueblo haya ido renunciando á la escritura pública, justificante auténtico del dominio, y adoptando en lugar suyo el documento privado y el expediente posesorio, no es un accidente sin impotancia, sino revelador de un estado morboso por todo extremo grave. El hecho de haber ido desusando la garantía hipotecaria y sustituyéndole ora la personal, ora la real en forma de venta á carta de gracia, con la consiguiente agravación en el interés del dinero, acredita que los procedimientos de la fe pública y de la administración de justicia en todo ó en parte son extraños á la nación, incongruentes con su naturaleza y estado social. Si el sistema de escrituras y de registro hubiera de continuar en sus actuales moldes, sería quizá más acertado suprimirlo y entrar francamente en el sistema sajón. No hay que pensar, sin embargo, en amputar lo antiguo, cuando, como en el presente caso, es sustancialmente bueno, mientras haya posibilidad de reformarlo, reduciéndolo al tipo ideal; las tradiciones del país, y acaso también la contextura moral de la raza, requieren la prueba auténtica, y se han acreditado en el mundo, en esta segunda mitad del siglo, formas nuevas de titulación, de transmisión de bienes y de cons-

Digitized by Google

titución de derechos reales tan sencillas casi como el documento privado y más eficaces que nuestro documento público. Esas formas son de fácil adaptación al modo de ser de la propiedad inmueble en España, sobre todo después de haber reducido á unidad, juntándolas en una misma oficina y en un común archivo, la fe pública y el registro de la propiedad.

En este orden de ideas, es lo primero organizar el sistema de títulos reales de propiedad. En España, como tampoco en Francia ni en Italia, tales títulos no existen: los que impropiamente designamos con ese nombre no son más, según vimos, sino testimonios de actos ó contratos en cuya virtud el dueño actual adquirió tal inmueble, que se supone existente, de otra persona que aparecía ser dueño de él por otro documento análogo, que también presuponía, aunque no justificaba, la existencia del predio, y así retrocediendo por una serie mayor ó menor: son documentos *personales* que acreditan actos de venta, de sucesión mortis causa, de donación, etc., mas no el derecho de propiedad, no el dominio; y en una palabra, no son una representación jurídica de la finca: el derecho de propiedad es independiente de tales documentos mal llamados títulos; y de aquí que, por ejemplo, no sea posible enajenar el predio endosando la escritura en cuestión ni obtener crédito real pignorándola. El país clásico del título real de propiedad es Australia, desde 1858. Consiste este instrumento en una hoja de papel donde se ha figurado gráficamente y se ha descrito por relación, con referencia á la Oficina topográfica, la finca: su forma, linderos, cabida, naturaleza, gravámenes, así como también su procedencia y el nombre del propietario verdadero, acreditado en pública información. De este título nominativo se hacen dos ejemplares enteramente iguales, uno de los cuales se archiva, bajo carpeta suelta, en la Oficina del Registro,—que es única para todo el Estado,—y el otro se entrega al propietario del inmueble: este ejemplar móvil tiene, lo mismo que el duplicado, carácter de documento original y matriz: es como si dijéramos la matriz misma desglosada del

Digitized by Google

Registro y puesta en circulación; no es, como nuestras escrituras públicas, una simple copia: así es que constituye una expresión perfecta del inmueble, por cuya razón, la tradición del título equivale realmente, no simbólicamente, á la tradición del inmueble mismo. Una vez constituído el título, es increíble la facilidad que presta á toda suerte de operaciones sobre la propiedad inmueble; para vender, basta que los contratantes consignen la venta al dorso del título, ó bien en un papel aparte, manuscrito ó impreso (se venden con profusión modelos impresos de todas clases, con los claros que se han de llenar en cada caso), pero siempre privado, ó lo que es igual, sin intervención de funcionario público; y lo envían por el correo al Registro, á fin de que se tome razón del traspaso en el duplicado archivado del título y se expida otro nuevo á nombre del comprador, á quien le es remitido asimismo por el correo; para hipotecar, remiten los contratantes al Registro, además del título de propiedad de la finca hipotecada, el contrato de préstamo, sea impreso ó manuscrito, donde consten el nombre del acreedor, importe del capital recibido, interés que devenga, término fijado para el pago, á fin de que el Registrador asiente todas esas circunstancias, así como el día y la hora del asiento, en los dos ejemplares, móvil y archivado, del título y devuelva el primero al deudor, y el contrato, también anotado con el día y la hora, al acreedor; para obtener un préstamo con garantía real aun sin esa pequeña solemnidad, se pignora el título, esto es, lo deposita el propietario deudor en manos del acreedor, sea un particular ó un Banco de crédito, con lo cual no corre éste ningún riesgo, porque mientras conserve en su poder dicho documento, la finca á que corresponde no podrá ser enajenada ni hipotecada. Tal es, resumido á los efectos del presente capítulo, lo que en el VI he dejado expuesto. Nuestro pueblo se halla de tal modo preparado y dispuesto para entrar en este sistema, que puede decirse lo ha adivinado y lo practica en términos que acreditan juntamente su ignorancia de la ley y su buena fe: es caso bastante frecuente que una persona afiance

Digitized by Google

el cumplimiento de una obligación entregando al acreedor la escritura de adquisición que lo acredita como dueño de una finca, ignorando que, según la legislación notarial vigente, puede aquél enajenarla é hipotecarla válidamente á espaldas de éste, con un simple certificado del Registro, y aun sin eso. En cuanto al empleo de impresos para la celebración de los contratos, no es desconocido en España: las escrituras de venta de bienes nacionales, testificadas por Notarios, llevan impreso casi todo el texto, que es formulario; para los arrendamientos de casas, pólizas de seguro y de fletamento, etc., está generalizado el uso de hojas impresas, con que hasta las personas imperitas en el derecho formalizan por sí mismas sus estipulaciones sin riesgo de omitir cláusulas sustanciales que invaliden el contrato ó lo expongan á litigios. Aun de Registro nacional tenemos precedente en el de actos de última voluntad. Así, puede tenerse por seguro que sería bien recibida esta importante novedad jurídica en nuestra patria.

Cierto que no podría implantarse desde luego en los puros términos ideados por Sir Roberto Torrens, porque no tenemos catastro parcelario ni hay que pensar en improvisarlo. Pero cabe practicar una adaptación que surta efectos iguales en parte, y en parte semejantes, consistente en esto:

1.° Rehacer, bajo la dirección y responsabilidad de los respectivos Juzgados municipales, los amillaramientos de la propiedad inmueble en forma más cuidada y con más pormenores que los vigentes, numerando los predios rústicos en iguales términos que los urbanos (1), y refiriéndolos á un accidente

(1) «El último amillaramiento de la riqueza inmueble fué coetáneo de la creación de los Registros. Púdose muy bien exigir en él alguna mayor exactitud y prolijidad en los datos para su planteamiento, y con la sola transcripción de ellos en el Registro de la propiedad, habría quedado bastante más nutrido que el actual. Debieron numerarse correlativamente todas las fincas de cada término municipal, expresar su naturaleza, situación, cabida y linderos por modo uniforme, y aun quizá las cargas, el título y la procedencia de cada una.—Las ventajas de este procedimiento hubieran sido nu-

Digitized by Google

topográfico tan cierto y tan permanente como las vías de comunicación, carreteras, caminos y sendas, medidos y miliados para este efecto á contar de lugares salientes del casco de cada población, ó en su caso, de los puntos de entronque de unas con otras vías (1). Los títulos de esta clase describirían los inmuebles y expresarían su situación en el cuartel ó pago respectivo, no sólo por relación á los números de las fincas colin-

---

merosas é importantes. Con él se habrian hecho innecesarios los títulos supletorios; y si la prescripción de veinte ó veinticinco años, ya transcurridos [desde la promulgación de la ley Hipotecaria], fortificara aquellas inscripciones primordiales cuando acerca de ellas no se hubiera promovido litigio, hoy toda la propiedad inmueble podría ostentar un título de dominio, de que en gran parte carece, y las transmisiones y modificación del derecho de propiedad serían más fáciles y económicas. Con la sola numeración de las fincas se habrian hecho imposibles las farsas y mixtificaciones de las informaciones posesorias, germen fecundo de expoliaciones y semillero de pleitos para época no lejana...» (Miguel Fernandez, *Gaceta del Notariado*, 23 de Septiembre de 1888, núm. 39, págs. 611-614).

(1) Sirva de precedente, por analogía, el Real decreto de 30 de Agosto de 1889, según el cual, «todos los Ayuntamientos de la Península, islas Baleares y Canarias debían proceder inmediatamente á la renovación de los hitos ó mojones permanentes que determinan las líneas divisorias de sus respectivos términos municipales. Los hitos ó mojones deben colocarse de manera que desde cada uno de ellos sean visibles el anterior y el posterior, blanqueándolos donde esto sea posible, á fin de que se divisen también á larga distancia.—Las operaciones deben hacerse constar en acta detallada, en la cual se consignarán, entre otros datos, la dirección, forma y dimensiones de la línea del perímetro, así como la distancia que medie entre uno y otro mojón, los materiales de que éstos se hallen compuestos, etc De dicha acta, que quedará archivada en la Secretaría del Ayuntamiento, se remitirán dos copias al Gobierno de provincia y una á la Delegación de Hacienda.—Para estas operaciones, los Ayuntamientos han de nombrar una Comisión de tres individuos de su seno, que será presidida por el Alcalde y auxiliada por el Secretario y por dos peritos conocedores del término municipal y de larga práctica en él, cuya Comisión llevará á cabo la renovación del amojonamiento y levantamiento de las actas.—Los peones auxiliares y bagajes que las respectivas Comisiones necesiten para llevar á cabo estas operaciones, se suministrarán por prestación vecinal y los gastos que dichas operaciones ocasionen se costearán por los fondos municipales».

Digitized by Google

dantes, sino también por su distancia respecto de los caminos inmediatos, pero no contendrían plano ninguno, ni el Estado los garantizaría con ninguna clase de seguro: el Registro sería municipal, no nacional ni regional, y el Registrador, ó mejor dicho, Notario-Registrador, el Juez del distrito, según queda dicho.

2.° Admitir en el amillaramiento planos auténticos de fincas que fuesen presentados espontáneamente por los dueños y comprobados por el respectivo Juzgado, y sobre esa base, cuando lo solicitaren, expedir, previas las informaciones de rúbrica, títulos con plano asegurados por el Estado, y con duplicado archivado en un Registro general instalado en Madrid.

De este modo, los hacendados acaudalados podrían disfrutar desde luego las ventajas del catastro más perfecto, sin aguardar á que se realice esta obra magna, que no verá la generación actual, dando á su titulación la misma solidez que tiene en Australia y á su crédito la misma latitud y flexibilidad que goza en Alemania; y los demás terratenientes obtendrían desde luego también las grandes facilidades, prontitud, sencillez y baratura, que á la contratación proporciona el sistema de títulos reales de propiedad ó de posesión, y quedarían en aptitud de dotarlos de aquel último grado de perfección, acogiéndolos al seguro oficial siempre que quieran, sin tener que contar unos con otros, á medida que las necesidades ó la conveniencia de cada cual se lo aconseje ó imponga.

3.° Admitir que una población pueda, independientemente de las demás, catastrar su término, ó una ó más partidas de él, á expensas de la Hacienda municipal, bajo la inspección del Instituto geográfico, para que todos sus terratenientes puedan disfrutar por igual los beneficios del nuevo régimen de títulos reales de propiedad. Tengo por seguro que serían muchos los Ayuntamientos que harían uso de esta facultad. Todavía dentro del sistema vigente, conozco algún amillaramiento (el de Tamarite, provincia de Huesca), cada una de cuyas hojas contiene una representación gráfica del perímetro de la finca res-

Digitized by Google

pectiva, además de los datos referentes á cabida, situación y demás.

Desde el punto de vista del crédito territorial, el sistema australiano brinda con una forma nueva, conquista inapreciable de la economía de nuestro siglo: la pignoración del título; mas por lo que respecta á la hipoteca, le aventajan en mucho el sistema alemán de la grundschuld y el de los handfeste de Bremen. Según dijimos en el capítulo IV, y repetimos aquí en compendio, la legislación hipotecaria que rige en aquel Imperio desde 1872, admite una forma de hipoteca denominada *grundschuld* ó deuda inmobiliaria, que no es, como la nuestra, un derecho real accesorio de una deuda ú obligación personal preexistente, sino que es y vale por sí misma y tiene vida propia, como la letra de cambio, y que como ésta puede negociarse á la orden mediante un endoso. Esta hipoteca, de carácter impersonal y puramente inmueble, se moviliza traduciéndola en cédulas negociables, que el mismo Juez-Registrador, á requerimiento del propietario, expide y autoriza. Puede constituirse á nombre de un acreedor, pero también á nombre del propietario mismo, cuando todavía no ha recurrido al crédito, pero cree que podrá necesitarlo y quiere estar preparado: en esta segunda hipótesis, llegado el caso, endosa una ó más de esas cédulas, ó todas, á favor del acreedor, y la operación queda terminada, no siendo preciso comparecer ante Notario, Juez ó Registrador, por tratarse de documentos que son auténticos, inscritos de antemano y de una vez para todas en el Registro, y que tienen además carácter de matriz, siendo consideradas como parte integrante del título (que también es real y se halla garantido por el Estado), ó más bien, como el título mismo, por cuya razón el propietario no puede disponer de su finca, ó al menos de la parte ideal de ella que corresponda al valor de la cédula ó cédulas enajenadas mientras ellas no vuelvan á su poder. En igual forma que las ha adquirido el primer acreedor y con la misma absoluta seguridad, puede negociarlas endosándolas á otra persona, y así

Digitized by Google

sucesivamente: la hipoteca constituída por el importe de ellas no será cancelada mientras no se presenten todas al Registrador para que las inutilice. Es esta una de las creaciones jurídicas más originales del pueblo alemán y uno de los instrumentos de producción más poderosos que se hayan puesto jamás á disposición de la agricultura. Nuestra legislación es, en cierto respecto, lo mismo que la de Costa Rica, más radical que la alemana: según los artículos 82 y 153 de la ley Hipotecaria, 21 y 211 del Código de Comercio, 1517 y 1518 de la ley de Enjuiciamiento civil, Real orden de 4 de Diciembre de 1863 y Resolución de la Dirección general de los Registros fecha 23 de Junio de 1888, pueden los particulares, sean ó no comerciantes, emitir cédulas hipotecarias transmisibles por endoso, lo mismo que en Alemania, y además cédulas hipotecarias al portador, inscribiéndose en este caso en el Registro sin más expresión que la de que «la inscripción se hace á favor de *los portadores* actuales ó futuros»; cuando la hipoteca se ha constituído para garantizar obligaciones transferibles por endoso ó títulos al portador «el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación ó con el título, sin necesidad de dar conocimiento de ello al deudor ni de hacerse constar en el Registro;» y por último, los tenedores de pagarés hipotecarios á la orden ó de otros efectos ó valores semejantes pueden consentir válidamente la cancelación de la hipoteca aun cuando posean tales documentos por virtud de un endoso, esto es, aun cuando la hipoteca en cuestión se hubiese inscrito en el Registro á nombre de otra persona (el endosante). Pero todas aquellas disposiciones legales y de jurisprudencia han resultado hasta ahora ineficaces, y lo seguirán siendo mientras no se sistematicen y desarrollen y no se implante al propio tiempo el nuevo régimen de los títulos reales de propiedad, con la simplificación de los actos de transmisión de bienes y de constitución y cancelación de derechos reales, que es su consecuencia.

Al redactarse la ley Hipotecaria de 1861 se vaciló entre crear Registros de la propiedad en todas las cabezas de par-

Digitized by Google

tido, según venía establecido de antiguo para los oficios de hipotecas, ó limitarlos á las capitales de provincia, ó tal vez á las capitales de Audiencia territorial. La Comisión codificadora se decidió por lo primero, persuadida de que «lo que principalmente debe tenerse en cuenta es la facilidad de los que han de hacer las inscripciones: alejar los Registros (añadía) de los que han de acudir á ellos, equivale frecuentemente, y con especialidad cuando es corto el valor de las fincas, á hacerlos inaccesibles». Este propósito de la Comisión, á todas luces plausible, se logrará más acabadamente desde el momento en que se hayan fusionado las dos funciones de Notario y de Registrador y se creen oficinas en todos los Municipios ó agrupaciones de Municipios mucho menos extensas que los actuales partidos judiciales. Pero, por otra parte, la conveniencia de los archivos dobles, en previsión de incendio ú otros siniestros á que está expuesta la titulación, y las mayores facilidades que presta para los fines del art. 279-281 de la ley Hipotecaria la concentración en un solo lugar de todas las operaciones sobre inmuebles y derechos reales hechas ú otorgadas en un territorio extenso, aconseja instalar archivos generales de Registros en las capitales de partido (mientras no se acuerde reducirlos á uno solo para cada provincia ó región, ó bien para la nación entera), donde se reunan *copias* de todos los títulos de propiedad y de posesión de inmuebles del partido, y de todas las operaciones sobre inmuebles y derechos reales que se verifiquen en el mismo, mediante comunicaciones impresas que los Jueces municipales habrían de remitir de oficio, diariamente, á dichos archivos generales ó centrales.

Ultimamente, aunque el otorgamiento del contrato y su inscripción quedan reducidos á un solo acto, por la razón dicha de que los títulos llevan consigo su propio Registro, ha de entenderse esto únicamente en el caso de que el otorgamiento se verifique ante el Juez municipal del distrito donde radica el inmueble, y en cuyo archivo, por tanto, obra el duplicado de la matriz ú original del título. Si el acto ó contrato

Digitized by Google

se otorga en otro Juzgado, el título móvil ha de ser remitido al Juzgado de su procedencia, juntamente con el contrato firmado, para que se practiquen las anotaciones que procedan en dicho duplicado archivado, en la misma forma que hemos visto establecida en Australia respecto del Registro único de cada colonia; hecho eso, se devolverá el título móvil al interesado y se comunicará la operación practicada al archivo de Registros del partido.

f) Cambios en el procedimiento civil.

Sobre la base de los Jueces municipales letrados, puede pensarse en servir una de las necesidades sociales que demandan satisfacción con mayor apremio: acercar la justicia á los litigantes y simplificar el procedimiento. Sin esto no se habría puesto remedio al mal sino en muy pequeña parte. La organización actual del Poder judicial y su sistema de enjuiciar suponen un pueblo menos pobre que España, y un siglo que viva más despacio que nuestro siglo; son un producto en parte exótico, en parte artificial; no convienen á la época ni al país. Hemos visto hasta qué punto es imperfecta la justicia municipal; pues con todo y con eso, es la única de verdad que existe en España, la única que puede decirse miembro vivo del organismo nacional; y á afinarla deben dirigir todos sus esfuerzos los reformadores políticos. Fuera de ella no existen sino categorías y nombres; en fuerza de querer extremar las garantías, nos hemos quedado sin ninguna; eso que llaman Administración de justicia, lo es únicamente en la teoría; su virtud es meramente negativa: la de una lima que adelgaza, pulveriza y disipa los más robustos patrimonios que un día tuvieron la desgracia de asomarse á los abismos de la curia. Que es antieconómica, nadie lo disputa: «muy á menudo las costas judiciales exceden del valor de la cosa litigiosa; en cuanto á los juicios universales, es verdad sabida que acaban cuando se ha agotado en gastos judiciales todo el caudal», como dice el Magistrado Sr. Campillá; «si no se pone remedio, agrega el Sr. Suárez Fer-

Digitized by Google

nández, jurisconsulto de la Coruña, va á ser síntoma de locura empeñarse en litigios, y los letrados, en vez de ser defensores de derechos, habremos de limitarnos á aconsejar á nuestros clientes que abandonen los suyos antes que aventurarse á seguir un pleito». Con tantos progresos como ha logrado la legislación en lo que va de siglo, no ha perdido un átomo de su actualidad el antiguo aforismo «más vale mala avenencia que buena sentencia»; y la crítica airada que el bien sentido Marqués de Gerona escribió hace cuarenta años al frente de una *Instrucción* famosa, podría aprovecharla cualquiera de sus sucesores en el Ministerio del ramo para preámbulo de un plan de reforma, sin miedo de que lo tacharan de apasionado ó hiperbólico. Así, la justicia, por lo exigente y voraz, se halla fuera del alcance del mayor número; todavía, los pocos que pueden abordarla se encuentran desde el primer instante con la sorpresa de verse entregados «á merced de un hombre», quien, «en cuanto se refiere al procedimiento, que es la garantía de los litigantes, se halla investido de un poder absoluto é irresponsable», «sin que haya medio de defenderse contra su parcialidad, su mala fe ó su ignorancia», como afirma y prueba elocuentemente el Sr. Amat y Furió, Secretario de Sala de la Audiencia de Barcelona. Si una vez son remedio las sentencias, noventa y nueve agravan la enfermedad á que se aplican; no siendo de extrañar, por todo, si la justicia va por un camino, y la sociedad, abominando de sus ranciedades y escarmentada de sus despojos, por otro divergente, que la lleva cada día á mayor distancia de los estrados. Nada refleja tan á maravilla este divorcio como los testamentos; próximo á espirar el anciano, recoge en una síntesis postrera las experiencias acaudaladas en una larga vida y las traduce en una cláusula en que ordena á los herederos que huyan de dar intervención á los Tribunales en el arreglo de la herencia. ¿Y qué más? El Gobierno mismo, bajo cuya dependencia vive el llamado Poder judicial, y que tantos motivos tiene para estar en el secreto, ha creado Cámaras de Comercio, industriales y agrí-

Digitized by Google

colas, con el fin, entre otros, de que propaguen el juicio de amigables componedores «como el más conveniente para la resolución de las cuestiones que surjan entre los comerciantes, industriales, navieros y agricultores».

País pobre, no puede soportar justicia cara; si no le dan otra, vivirá sin ella, adaptando su vida á esa falta de un órgano esencial, haciéndose los contratantes más previsores, creándose jueces adventicios, transigiendo derechos ó abandonándolos, ideando ficciones ó arbitrios tales como el juicio convenido ó el expediente posesorio, etc. Situaciones así envuelven una imperfección que no es meramente de apariencia, sino que afecta á la vida y al bienestar de los individuos y al progreso de la especie. Las sociedades modernas no pueden vivir vida normal y de salud sin justicia oficial; el toque está en saber encontrar para cada una su forma propia de organización cuando no se la ha dado espontáneamente el cuerpo social ó se ha interrumpido y perturbado su formación; en saber reconstituir por discurso lo que llamaríamos su «forma natural», acomodada á la constitución real é interna de la nación, á su manera de ser y de vivir, á la estructura de su espíritu, á su estado de fortuna, á su sentido moral y jurídico, al grado de su civilización. Para que esté al alcance de todos, ha de ser convecina del litigante, proceder sumariamente y costar poco. Para conciliar la sencillez que estas condiciones arguyen con las garantías de acierto que hay derecho á exigir, se impone aplicar al procedimiento civil algo de lo que ha acreditado el procedimiento criminal moderno en toda Europa; de lo que el antiguo derecho romano dejó caer en desuso, ya entrado el Imperio, después de una tradición gloriosa de muchos siglos; de lo que nuestra Constitución de 1812 y el Reglamento de justicia de 1835 establecieron, germen fecundo de progreso, y ha sido reformado infelizmente en sentido de retroceso con posterioridad; de lo que se ha generalizado en la práctica de los comerciantes, los más avisados de los hombres en achaques de derecho privado.

Digitized by Google

En mi pensamiento, son precisas y bastan dos instancias, sin tercera ni recurso de casación: una, que estaría confiada á un tribunal de equidad constituído en el respectivo municipio, y otra segunda, á un tribunal de derecho establecido en la capital del partido. Entrambos serían colegiados.—El tribunal de equidad se compondría de dos ó cuatro árbitros, letrados ó no, designados libremente para cada negocio contencioso, sin distinción de cuantía, por los litigantes mismos, dentro ó fuera del distrito; y caso de no ser posible, por noluntad de las partes ó de una de ellas, ó por otra razón derecha, de dos ó cuatro árbitros designados por la suerte de entre ciertas categorías dentro del distrito. El Juez municipal instruiría el procedimiento, presidiría las sesiones del tribunal y levantaría acta de lo sustanciado, pero no votaría la sentencia.—El tribunal de apelación se compondría del Juez municipal respectivo, como ponente, y dos de los Jueces residentes en la capital del partido. Actualmente, las cabezas de partido peor dotadas tienen un Juez de primera instancia, un Juez municipal, un Registrador de la propiedad y un Notario. Concentradas, según el nuevo plan, las cuatro funciones en una sola, las capitales de partido podrán estar servidas, cuando menos, por tres jueces, uno de los cuales asumiría el doble carácter de Juez municipal y Notario-Registrador de la población (lo mismo que los de las demás del partido); y los otros dos tendrían á su cargo el Registro general del partido.

Para la comparecencia ó para la vista de los juicios en grado de apelación se establecería un turno entre todos los pueblos del partido, á fin de que acudiesen á la capital, en el día señalado, apelantes y apelados y los respectivos Jueces municipales, ponentes.

Mantengo la dualidad de instancias, porque habiendo de dictarse la sentencia en el Juzgado municipal ex æquo et bono, según el saber y entender de los juzgadores, se impone como complemento, para el caso de que las partes no se aquieten con lo decidido por dichos árbitros, una revisión técnica del

Digitized by Google

negocio, que remate en ejecutoria, dictada con resultandos y fundamentos legales lo mismo que ahora; de lo contrario, las leyes estarían demás: confiar la resolución de los conflictos jurídicos entre particulares, y en general, la salvaguardia del orden social, exclusivamente á tribunales arbitrales, no sujetos en sus juicios á normas positivas de derecho, sería ir contra los predicados más elementales de la filosofía jurídica, contra lo que ha sido constitución común á todos los pueblos cultos desde la antigüedad más remota hasta el momento presente. Aun cuando no asistiese este motivo para admitir un segundo grado de jurisdicción, aun cuando pareciese preferible que también el fallo de primera instancia sea fundado en ley y lo pronuncie el Juez municipal conforme al veredicto de los árbitros, resucitando en lo substancial el sistema de enjuiciar llamado «per formulam» de los Romanos, estatuiría, no obstante, la apelación, entre otras razones, porque no está resuelto aún el pleito entre los partidarios de la instancia única y los de la instancia doble, y en casos de duda hay que atenerse á lo tradicional, con lo cual no es prudente, ni tampoco lícito ni justo, romper violentamente cuando está aún vivo en la realidad.

Aparte lo dicho, serían de la competencia de los Jueces municipales todos los asuntos que actualmente corren á cargo de los Jueces de primera instancia. El tribunal para las apelaciones, en los casos que lo consientan, lo constituirían tres Jueces de partido, en las capitales que los tengan en este ó mayor número (que serían las más), y donde no, los dos que quedan expresados y uno Municipal distinto del que hubiese pronunciado el fallo ó providencia recurrida.

Como se ve, desaparece el acto de conciliación. Quedan suprimidos los cargos de Secretario y Escribano, incorporándose sus funciones (por igual motivo que las de los Notarios-Registradores) en los Jueces mismos. Quedan igualmente sin empleo las Audiencias. Del Tribunal Supremo y del recurso de casación trataremos más extensamente en un Apéndice.

Digitized by Google

La institución de los árbitros y amigables componedores fué acreditada y desarrollada en la antigüedad por los griegos y por los romanos, que establecieron perfectamente la distinción entre el magistrado y el árbitro. De la legislación romana pasó á nuestro Fuero Juzgo y á las Decretales, que dieron gran importancia á esta institución (1). No permanecieron extrañas á ella las demás legislaciones europeas de la Edad Media, por ejemplo: en España, el Fuero Real, las leyes del Estilo, las Partidas, el Fuero «de arbitriis» en Aragón, etc. El régimen absoluto, á partir del Renacimiento, restringió el juicio arbitral, llegando á menudo á privar de efectos jurídicos á los laudos. De aquí el que los revolucionarios franceses incluyeran entre los derechos naturales del hombre la facultad de someter á juicio de árbitros toda clase de cuestiones civiles de interés privado (Constitución de 1791). Pero no se detuvieron ahí: en esta manera de enjuiciar creyeron ver un instrumento de progreso moral tan poderoso, que no vacilaron en ensanchar su esfera de acción hasta el punto de suprimir casi por completo el orden judicial en materia civil: principió la ley de 24 de Agosto de 1790 por reglamentar su ejercicio con mucho pormenor y crear «tribunales de familia» para resolver toda suerte de diferencias que surgiesen entre padres é hijos, entre marido y mujer, entre tutores y pupilos. Restableciendo un precepto de cierta Ordenanza de 1673, declararon forzoso el arbitraje para ventilar las cuestiones que se promovieran entre socios sobre asuntos concernientes á la sociedad. Por varias leyes, decretos y constituciones de 1793 (10 y 24 de Junio, 2 de Octubre, 2 y 30 de Noviembre), 1794 (6 de Enero, 26 de Marzo, 26 de Agosto), y 1795 (17 de Enero, 5 de Febrero, 15 de Agosto, etc.), al mismo tiempo que sistematizaban la institución y reglamenta-

(1) Pandect., lib. IV, tít. 8.°; Cód., lib. II, tít. 56.—Lex Wisigotorum, libro II, tít. 1.°, leyes 13 y 25: *Dirimere causas nulli licebit, nisi aut a principibus potestate concessa, aut ex consensu partium electo judice... Qui ex consensu judicem in negotiis eliguntur... judicis nomine censeantur ex lege.*—Decretal., tít. *de arbitriis*, I, 42, c. 14 22, etc.

Digitized by Google

ban su procedimiento, declararon forzoso el valerse de árbitros para determinadas clases de asuntos, que llegaron á ser numerosas (litigios en materia de sucesión de los hijos nacidos fuera de matrimonio, cuestiones sobre bienes comunes, donaciones y sucesiones en general, ciertos negocios mercantiles, etc.); sustituyeron «árbitros públicos» electivos á los antiguos jueces, sin negar á las partes el derecho de nombrarse otros; y atribuyeron carácter de inapelable al laudo que éstos pronunciasen, á menos de pacto en contrario. Esto por parte de los poderes. Pero al mismo tiempo, los comisarios ó procónsules que la Convención había diputado á los departamentos, animados por el dictamen que habían emitido, al discutirse la Constitución de 1795, sujetos de gran autoridad, partidarios de la universalización del arbitraje, ampliaron por propia autoridad la ley, obligando á someter á esta forma de juicio toda clase de demandas, cualquiera que fuese su naturaleza y su cuantía, y privando á las partes del derecho de apelar.—Esta generosa corazonada de la Revolución no podía prosperar: había venido antes de tiempo, sin aquella lenta preparación y transición graduada que requiere toda reforma para ser vividera, y en momentos de desquiciamiento y desorden moral muy adecuados para destruir, mas para edificar del todo impotentes: añádase la incapacidad de que, por punto general, adolecieron los «árbitros públicos» y el carácter político que debieron á su origen y que vino á agravar la ineptitud con la parcialidad, fuente de abominables prevaricaciones y escándalos. La opinión se revolvió al cabo contra la tiranía del arbitraje obligatorio; sobrevino la reacción, dando comienzo con la ley de 26 de Septiembre de 1795 una serie de medidas encaminadas á restringir cada vez más la jurisdicción de los árbitros; y á tal punto desandó, de retroceso en retroceso, el camino recorrido desde 1790 y tan por completo vió cerrado su ciclo esta institución, que no sólo quedó abolido el arbitraje forzoso y restaurada plenamente la jurisdicción de los tribunales, como antes de la Revolución, sino que hasta llegó á acordarse por el Tribunal de

Digitized by Google

los Quinientos, en 1798, prohibir el arbitraje voluntario, si bien no llegó á causar estado, por haberse opuesto el Consejo de los Ancianos.

Como resultado positivo de todo este laboriosísimo período de tentativas y arrepentimientos, tan rico en enseñanzas, quedó lo siguiente: 1.° El reconocimiento del derecho que por ley natural compete á todo hombre de someter sus controversias á juicio de árbitros, derivado de la facultad que le asiste, no negada por nadie, de obligarse y disponer libremente de lo suyo: 2.° El arbitraje legal ó forzoso para comerciantes, en los términos de la Ordenanza de 1673, que pasó al Código de Comercio y ha durado hasta 1856.

M. Troplong censuró duramente el que se hubiese mantenido esta excepción; y Dalloz objeta: «Estas observaciones sobre cuál de las dos jurisdicciones, la de los árbitros forzosos ó la de los tribunales, debe obtener la preferencia, ¿son tan fundadas como piensa M. Troplong, y no es de temer que los hábitos graves de su profesión de magistrado hayan influído en su ánimo, á causa de los inconvenientes reales que señala en el arbitraje, previniéndolo en contra de esta institución? Repárese, en primer lugar, que M. Troplong no es adversario en absoluto del arbitraje: lo que encuentra mal es el arbitraje forzoso: querría él que los socios no estuvieran sometidos á la jurisdicción de un tribunal arbitral sino en el caso de que ellos mismos voluntariamente lo admitiesen. Y en verdad que eso sería lo mejor, si todos los hombres estuviesen animados de puras y rectas intenciones. Pero hay que tener en cuenta que un litigio, con sus dilaciones, con los gérmenes de discordia que siembra en derredor suyo, con el descrédito que la publicidad engendra fatalmente, envolvería casi siempre la ruina de una sociedad mercantil: con esto, el socio que fuese verdaderamente honrado estaría, en cierto modo, á merced de tal coasociado que no tuviera nada que perder ó se propusiera explotar el escándalo y la probable ruina del establecimiento mercantil. Que este peligro no es imaginario lo prueba el cui-

Digitized by Google

dado que tienen de precaverse contra él, ya al constituirse, estipulando el arbitraje, con renuncia de todo otro procedimiento judicial, para toda clase de discordias ó diferencias de apreciación referentes á la sociedad, que puedan surgir entre ellos. Y ese peligro subsistirá en tanto no discurran los legisladores un modo de ventilar las controversias judiciales más tolerable que el actual... El arbitraje forzoso se comprende mejor aún si se considera la sociedad como una especie de familia, en cuyo seno no debe darse nunca cabida á la discordia: entonces se presentan á nuestra inteligencia las mismas consideraciones que en las diversas edades han hecho sentir al legislador la necesidad de imponer á las partes, como regla absoluta, el tribunal pacificador de la familia. De igual modo, los legisladores ginebrinos, en la última revisión de su Código de Enjuiciamiento, han sentido la necesidad de constituir, con el nombre de arbitraje forzoso, esa misma jurisdicción que acaba de proscribirse entre nosotros, la que se estipula de antemano, en previsión de posibles contiendas, por una cláusula especial que se ha denominado «compromisoria». Y cuando legisladores tan sabios como los de Ginebra, que vivían bajo el régimen del Código vigente ahora entre nosotros, se han decidido á modificarlo, introduciendo en él con plena convicción innovaciones que parecen tan atrevidas, es sin duda porque han apreciado maduramente sus ventajas; y su resolución es tanto más de apreciar, cuanto que no ha sido adoptada entre el fragor y los desasosiegos de una revolución, sino en medio de una paz octaviana.—Para terminar, copiaré las reflexiones que hace á este propósito el *Nouveau Dénisart*, n. 33: «Los hombres obran, ó están de tal manera dispuestos á obrar contra sus propios intereses y contra los de sus semejantes, que es preciso, á veces, cuando el bien suyo particular y el de la sociedad parecen exigirlo, contrariar su libertad natural y dejar á un lado el derecho común. Conforme á esta consideración, han pensado los legisladores que hay ocasiones en que no basta exhortar á los contendientes, que es preciso constreñirlos á que sometan sus controversias á

Digitized by Google

la decisión de árbitros, cuando carecen de la necesaria cordura para tomar voluntariamente este camino de rectitud y de concordia».

En España, los legisladores de Cádiz establecieron tres grados de jurisdicción, uno voluntario, otro obligatorio y otro intermedio con los caracteres de los dos, á saber: arbitraje voluntario (Constitución de 1812, artículos 280-281; discurso preliminar, cap. LIX); juicio de conciliación, terminado en un fallo extrajudicial que había de dictar el alcalde previo dictamen de dos hombres buenos (artículos 282-284; disc. prelim., cap. LIX); tribunales de justicia (artículos 242, 285; disc. prelim., cap. LX). —Al primero dieron toda la amplitud que tiene en nuestro enjuiciamiento vigente (1): «no se podrá privar á ningun español delderecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes»; «la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar».—El segundo grado de jurisdicción no parece suficientemente definido: es un como término medio entre el acto conciliatorio de nuestro procedimiento actual, el arbitraje forzoso de los convencionales franceses y el juicio de asesor con prohombres jurados de Ibiza y Formentera: «el espíritu de concordia y liberalidad que hacen tan respetable la institución de jueces árbitros persuade cuán conveniente sea que los alcaldes de los pueblos ejerzan el oficio de conciliadores en los asuntos civiles é injurias de menor momento, para prevenir, en cuanto sea posible, que los pleitos se originen ó se multipliquen sin causa suficiente»; y en el articu-

(1) El Código civil (1888) reconoce existencia legal al juicio de árbitros: «las mismas personas que pueden transigir, pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas» (art. 1820). La ley de Enjuiciamiento civil había declarado antes (1881) que «toda contestación entre partes, antes ó después de deducida en juicio, y cualquiera que sea su estado, puede someterse al juicio arbitral ó al de amigables componedores, por voluntad de todos los interesados, si tienen aptitud legal para contraer este compromiso.»

Digitized by Google

lado previene que todo el que haya de demandar por negocios civiles ó por injurias, se presente al alcalde, y que éste «con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su pretensión, y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la *providencia* que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progreso, como se terminará, en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial».—El tercer orden de jurisdicción es complementario de los anteriores, tiene por objeto suplir sus deficiencias, dándose por razón de su existencia en el Discurso preliminar que «no todas las diferencias en asuntos civiles pueden arreglarse por el intermedio de árbitros ó conciliadores».

Este orden no había sido sugerido tan sólo por la nueva legislación francesa: tenía notables precedentes en España. Respecto del juicio conciliatorio, la Constitución de 1812 no hizo más, en rigor, sino extender á toda clase de negocios lo que era ya ley en España respecto de los asuntos mercantiles, así por las Ordenanzas de Bilbao, cap. I, n. 6, como por las de Matrículas de 1802, y otras, y estaba recomendado con carácter general en la Instrucción de Corregidores de 1788, cap. II. Por lo que toca al juicio arbitral, los títulos IV y XVIII de la Partida III le habían trazado un procedimiento muy minucioso, que es en lo esencial el mismo de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, salvo que aquélla usa el nombre de árbitros ó jueces avenidodores como genérico para denotar las dos variedades que en ésta son denominados «árbitros» y «arbitradores ó amigables componedores». Los Reyes Católicos, en las Ordenanzas de Madrid (1502), cap. 45, y treinta y siete años más tarde D. Carlos y Doña Juana, dictaron reglas muy acertadas sobre apelación y ejecución de las sentencias dictadas por Jueces árbitros *juris* y por Jueces amigos ó árbitros arbitradores, que pasaron á formar parte de la Nueva Recopilación, libro IV, tít. XXI, ley 4.ª

Aunque las Cortes no creyeron poder exceder el límite dicho por el momento, dejaron, sin embargo, consignado en el

Digitized by Google

Discurso preliminar de la Constitución su ideal, mucho más expansivo, y para el cual buscaban precedentes y justificación en el procedimiento romano de tiempo de la República y en la costumbre de una de las provincias españolas. «La Comisión deja insinuado en otra parte la conveniencia que resultaría de perfeccionar la administración de justicia, separando las funciones que ejercen los Jueces en fallar á un mismo tiempo sobre el hecho y el derecho. Mas al paso que no duda que algún día se establezca entre nosotros la saludable y liberal institución de que los españoles puedan terminar sus diferencias por Jueces elegidos de entre sus iguales, en quienes no tengan que temer la perpetuidad de sus destinos, el espíritu de cuerpo de Tribunales colegiados, y, en fin, el nombramiento del Gobierno, cuyo influjo no puede menos de alejar la confianza por la poderosa autoridad de que está revestido, reconoce la imposibilidad de plantear por ahora el método conocido con el nombre de juicio por *jurados*. Este admirable sistema, que tantos bienes produce en Inglaterra, es poco conocido en España. Su modo de enjuiciar es del todo diferente del que se usa entre nosotros; y hacer una revolución total en el punto más difícil, más transcendental y arriesgado de una legislación, no es obra que pueda emprenderse entre los apuros y agitaciones de una convulsión política. Ni el espíritu público, ni la opinión general de la nación, pueden estar dispuestos en el día para recibir sin violencia una novedad tan sustancial. La libertad de la imprenta, la libre discusión sobre materias de gobierno, la circulación de obras y tratados de derecho público y jurisprudencia, de que hasta ahora había carecido España, serán el verdadero y proporcionado vehículo que lleve á todas las partes del cuerpo político el alimento de la ilustración, asimilándole al estado y robustez de todos sus miembros. Por tanto, la Comisión ha creído que, en vez de desagradar á unos é irritar á otros con una discusión prematura ó acaso impertinente, debía dejar al progreso natural de las luces el establecimiento de un sistema, que sólo puede ser útil

Digitized by Google

cuando sea fruto de la demostración y del convencimiento. Por eso deja á las Cortes sucesivas la facultad de hacer en este punto las mejoras que crea convenientes. Mas, al mismo tiempo, no puede menos de indicar que el método de juzgar por *jurados*, no sólo no fué desconocido por nuestras antiguas leyes,—como se ve por la siguiente cláusula del fuero municipal de Toledo, que dice: «todos sus juicios dellos sean juzgados según el Fuero Juzgo, ante diez de sus mejores é más nobles é más sabios dellos, que sean siempre con el alcalde de la ciudad»,—sino que aun hoy día está de cierto modo en práctica en algunas provincias del reino. En las islas de Ibiza y Formentera, el asesor nombrado por el Gobierno no puede por sí solo sentenciar pleito alguno sin la concurrencia de dos ó más hombres, que pueden llegar hasta el número de seis, tomados de todos estados. Esta institución, aunque no es en rigor idéntica en todos sus trámites á la de los *jurados* de Inglaterra, está indudablemente fundada sobre los mismos principios. Y la insaculación que en Ibiza se hace de un número proporcionado de vecinos para sacar de entre ellos los que acompañan al asesor, y los que con el título de prohombres eligen las partes para concurrir con el Juez delegado en la apelación, el cual también ha de ser natural y vecino del país, no deja duda sobre que el origen de este método, tan liberal y justificado, viene del que se observaba en Roma antes de la tiranía de los Emperadores. El *album Judicum*, de donde tomaban los ciudadanos romanos los jueces del hecho, no puede ser desconocido de ninguno que esté medianamente versado en la jurisprudencia antigua de Roma. Por lo mismo, la Comisión se cree en el caso de recomendar esta admirable institución de una provincia del Reino, para que el Congreso no desconozca un método que tal vez convendrá algún día generalizar á todas las demás.»

El Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de Septiembre de 1835 puso otra vez en vigor los preceptos de la Constitución de 1812, que exigían el «juicio de

Digitized by Google

conciliación» como requisito previo para entablar demandas civiles ó querellas por injuria. «La providencia del Juez de paz (llamada *providencia de conciliación* y dictada con consejo de los dos hombres buenos, según el art. 23) terminará efectivamente el litigio si las partes se aquietaren con ella, en cuyo caso la hará aquél llevar á efecto sin excusa ni tergiversación alguna (art. 24). Si las partes no se conformaren, todavía el Juez de paz les exhortará á que por el bien de ellas mismas comprometan su diferencia en árbitros, ó mejor en amigables componedores, y lo hará anotar en el libro, con expresión de si se convienen ó no los interesados.»

Hoy parece como si se advirtiera un principio de reacción, más ó menos consciente, en favor de las ideas de 1812.—El Sr. Romero Girón, Ministro de Gracia y Justicia en 1883, hallando imposible, por efecto de la situación del Tesoro, dotar de Jueces municipales letrados á todos los pueblos, decía en el Real decreto de 2 de Diciembre de aquel año, que «acaso en localidades pequeñas ó donde el elemento letrado no aparezca, la concurrencia al juicio, *con voz y voto*, de dos ó más vecinos caracterizados y de ciertas condiciones, pudiera ser remedio de orden diverso, allí donde la necesidad obliga á poner la jurisdicción municipal en manos de personas muy poco aptas y con frecuencia influídas por pasiones ó intereses de localidad...»—El Sr. Fonseca, Juez de primera instancia de Madrid, en la Memoria citada anteriormente, echa de menos el juicio de conciliación terminado por sentencia, tal como lo estatuyeron la primera Constitución y el Reglamento de 1835, y condena sin reserva el acto conciliatorio actual, que, terminando cuando más por un contrato, no responde al fin de prevenir los litigios y más de una vez surte efectos contraproducentes (1).—«Los arbitrajes y los compromisos, dice el Sr. Armengol, han venido á ser la forma general adoptada por los comerciantes

(1) REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, tomo 76, páginas 322-324 (Marzo-Abril, 1890).

Digitized by Google

para dirimir sus diferencias» (1); y existe todo un movimiento de opinión entre los científicos, favorable á la creación de un tribunal de jurados elegidos entre los comerciantes para toda clase de asuntos mercantiles (2).—Jurisconsultos hay, como los Sres. Catalá y Pérez Pujol, que votan por el restablecimiento del sistema de enjuiciar «per formulam» del antiguo derecho romano, según el cual intervenían en cada juicio magistrados de una parte y de otra jurados (árbitros, etc.).—El Sr. Agulló, Registrador de la propiedad, sometió al Congreso Jurídico de Barcelona celebrado en 1888, una proposición según la cual «el juicio arbitral y el de amigables componedores serían forzosos en materia civil, limitándose los tribunales al nombramiento de los jueces árbitros ó de los amigables componedores en ciertos casos, y á la ejecución de las sentencias».—He nombrado las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación: conforme al Real decreto de 9 de Abril de 1886, corresponde á estas corporaciones: «11.°, resolver como jurado, y con arreglo á las condiciones que voluntariamente establezcan las partes interesadas, las cuestiones que los comerciantes, industriales ó navieros sometan á su decisión: 12.°, resolver las cuestiones que surjan entre los fabricantes y operarios, cuando los unos y los otros se convengan en someterlas á la decisión de la Cámara: 13.°, promover entre los comerciantes, industriales y navieros el procedimiento del juicio de amigables componedores como el más conveniente para la resolución de las cuestiones que entre ellos surjan».—Iguales facultades confiere á las Cámaras Agrícolas el Real decreto de 14 de Noviembre de 1890: «5.ª, resolver como jurado, y con arreglo á las condiciones que voluntariamente establezcan las partes interesadas, las cuestiones que los comerciantes, industriales y agri-

(1) Apud *La Administración de Justicia ante la opinión*, por D. Vicente Amat y Furió; Barcelona, 1890, pág. 95.

(2) V. gr., entre otros, el Sr. D. Alvaro María Camín, jurisconsulto catalán, en su Proyecto de bases para la reforma de las leyes de Enjuiciamiento y Orgánica del Poder judicial, *ob. cit.*, pág. 124.

Digitized by Google

cultores sometan á su decisión y las que surjan entre propietarios y colonos ó productores agrícolas y sus intermediarios con el consumidor, cuando los unos y los otros se convengan en someterlas á la decisión de la Cámara».

En diversos órdenes de la vida existe ya hoy en España algo que puede asimilarse al juicio arbitral obligatorio: los «Tribunales de aguas», existentes de antiguo, reconocidos como legales por el Real decreto de 27 de Octubre de 1848 y hechos extensivos á toda clase de sindicatos de regantes por la ley de Aguas de 1866 (art. 290: ley de Aguas de 1879, art. 242) para entender en lo relativo á la policía de las aguas de riego y conocer de las cuestiones de hecho que se susciten sobre el riego entre los interesados en él; las «Cortes de pastores» de la provincia de Castellón, que funcionan asimismo como jurado, en forma arbitral y por trámites sumarios, para ciertos particulares de policía rural (Real orden de 20 de Mayo de 1878); el «Consejo de familia», constituído libremente por los padres, y en su defecto, por ministerio de la ley, de entre los parientes del menor ó incapacitado, y á falta de éstos, de entre los vecinos, y cuya jurisdicción es tan extensa como acreditan los artículos 46, 231, 239, 243, 269, 279 y otros del Código civil y la costumbre de Aragón y Navarra; los «Jurados industriales», que se han de crear con arreglo al art. 53 de la ley de 30 de Julio de 1878, y ante los cuales han de entablarse las acciones civiles y criminales referentes á patentes de invención, etc.; sin contar el «Tribunal del Jurado», instituído por la ley de 20 de Abril de 1888, según la cual, doce jurados designados por la suerte de entre ciertas categorías de ciudadanos, declaran la culpabilidad ó inculpabilidad de los procesados respecto de los hechos que en concepto de delito les atribuye la acusación.—El Código de Comercio de 1829, artículos 322 y 345, estatuyó el arbitraje forzoso para dirimir las contiendas entre socios sobre asuntos de la sociedad, y ha durado hasta la promulgación del nuevo Código de 1885.

Digitized by Google

g) **Proyecto de ley de bases.**

Artículo 1.° Se autoriza al Gobierno para publicar una ó más leyes reorganizando la Administración de justicia, la Fe pública y el Registro de la propiedad, y reformando el enjuiciamiento civil y el sistema de transmisiones del dominio y constitución de derechos reales con arreglo á las bases establecidas en la presente ley.

Art. 2.° La redacción del proyecto se llevará á cabo, en término de cuatro meses, por una Comisión de tres jurisconsultos, elegidos libremente por el Gobierno entre aquellos que hayan demostrado por sus estudios condiciones especiales de aptitud en este ramo de la Administración pública.

Art. 3.° Una vez redactado el proyecto, se abrirá una información pública acerca de él, imprimiéndolo previamente é invitando á las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y de Jurisprudencia, Facultades de Derecho, Tribunales, Registradores de la propiedad, Notarios, Juntas de Agricultura, Industria y Comercio, Academias de Derecho, Cámaras, Ligas y Sociedades económicas, agrícolas y mercantiles, Bancos generales y locales y Revistas técnicas del ramo, así como también á los jurisconsultos y economistas que designare la Comisión, para que en término de dos meses dirijan á ésta las observaciones que se les ofrezcan, las cuales se imprimirán íntegras ó en extracto en uno ó más volúmenes.

Art. 4.° En vista de las memorias, comunicaciones é impresos que la Comisión hubiese recibido, deliberará ésta por un tiempo máximo de dos meses, acordando las modificaciones y adiciones que deba introducir en su Proyecto, y en la nueva forma que resulte de esa reelaboración, lo publicará el Gobierno como ley antes del 1.° de Enero de 189...

Art. 5.° La Comisión y el Gobierno se atendrán en la redacción de la ley á las siguientes bases:

Digitized by Google

Base 1.ª

Las funciones que al presente se hallan distribuídas entre Jueces municipales y de primera instancia, Registradores y Notarios, se centralizarán, dentro de cada municipio, en una sola oficina, llamada Juzgado, y correrán á cargo de un mismo funcionario, que necesariamente habrá de ser letrado.

Cuando las poblaciones sean de muy corto vecindario, se agregarán á la más próxima ó se agruparán en número de dos ó más para formar un solo Juzgado, combinando el dato del censo con el de la distancia. En las poblaciones crecidas, por el contrario, el Juzgado se hallará servido por dos ó más de dichos funcionarios letrados, sin que se disuelva por eso la unidad de oficina.

Base 2.ª

Cuando un Juzgado municipal tenga asignados dos ó más titulares, designarán éstos anualmente, por elección libre, de entre ellos el que deba llevar la dirección de los trabajos, la voz y representación de la entidad Juzgado y el título de Juez municipal. Los demás se titularán Jueces adjuntos.

El reparto de los negocios entre todos ellos se hará asimismo de común acuerdo; pero, en caso de discordia, deberá prevalecer el voto del Juez municipal ó lo que él dispusiere.

Base 3.ª

En cada partido judicial se constituirá, además, un Tribunal de apelación, al cual habrá adscritos dos ó más Jueces permanentes; y serán de su incumbencia el archivo general de copias de todo el partido y el conocimiento de los asuntos judiciales en segunda y última instancia.

Base 4.ª

Todos los Jueces de cada partido, así municipales como de apelación, formarán un Colegio, presidido por el más antiguo

Digitized by Google

de estos últimos; y se distribuirán libremente entre sí, en el mes de Agosto de cada año, por mayoría de votos, los varios Juzgados del partido, tanto de primera como de segunda instancia.

Para el caso de que no lograren ponerse de acuerdo, establecerá la ley reglas supletorias.

Base 5.ª

Para la suprema inspección y gobierno de los Juzgados municipales y Tribunales de apelación de toda España, para la sistematización de la jurisprudencia (1) y para las demás funciones administrativas y judiciales atribuídas en las bases 7, 8, 10, 14, 17, 23 y 29 de la presente ley, habrá en Madrid un Presidente de la Justicia ó Justicia Mayor, con jurisdicción propia, distinta é independiente de la del Gobierno.

Base 6.ª

Los Jueces autorizarán por sí todos los actos del Juzgado ó Tribunal, judiciales, notariales ó de otra clase, dando fe, como los actuales Notarios, sin mediación de secretarios ó escribanos.

Base 7.ª

Todos los Jueces de España, municipales y de apelación, formarán una sola categoría y percibirán una retribución igual. La exacción de los honorarios que corresponda con arreglo á Arancel se verificará, no en metálico, sino en un sello especial que deberá crearse á este efecto y se administrará por el Presidente de la Justicia. Los ingresos por tal concepto, liquidados trimestralmente, se distribuirán en partes iguales entre dichos funcionarios.

Los sellos que representen la suma percibida por cada acto, contrato, juicio, certificación, etc., deberán adherirse al pié de las firmas respectivas.

---

(1) Véase sobre esto el *Apéndice* y la base 17.

Digitized by Google

Base 8.ª

Para la renovación del personal, habrá constituido en Madrid, bajo la dependencia del Justicia, un Tribunal permanente de examen, que actuará todo el año. Los licenciados y doctores en derecho que pretendan ingresar en la Judicatura, serán sometidos á un ejercicio teórico extenso. Los aspirantes que fueren aprobados, servirán sin retribución como auxiliares, en Juzgados de capital de provincia, por espacio de un año, pasado el cual serán admitidos á un segundo examen, compuesto de ejercicios prácticos. Aprobados en él, recibirán el título de Jueces, y serán destinados, ya con retribución, á Juzgados que se hallen desempeñados por pluralidad de Jueces, á fin de que completen durante un año más su educación práctica. Transcurrido dicho plazo, serán trasladados definitivamente á Juzgados unipersonales.

Los que hubieren servido cuatro años efectivos, descontadas las licencias, en tales Juzgados, podrán ser trasladados á Juzgados de capital de partido. Cuatro años más de servicio efectivo en capital de partido darán derecho para ser trasladado á Juzgado de capital de provincia. La ley especificará las reglas que hayan de observarse en estas traslaciones.

Base 9.ª

Entrarán desde luego á formar parte de este Cuerpo los actuales Registradores de la propiedad, y asimismo los Notarios; pero los que no sean licenciados ó doctores en Derecho habrán de servir precisamente en Juzgados municipales que tengan demarcados dos ó más Jueces, y no podrá repartírseles otros asuntos que los propios del ejercicio de la fe pública y de los Registros. La proporción entre el número de estos Jueces no letrados y el total de titulares asignados á un Juzgado municipal no podrá exceder en ningún caso de la mitad.

Digitized by Google

Base 10.

Los funcionarios de este orden no adquirirán derecho á pensiones de jubilación, cesantías, viudedades ni orfandades. En su lugar, se creará un Montepío, administrado por el Cuerpo mismo de Jueces bajo el patronato del Gobierno.

Será obligatorio pertenecer á él. El Presidente de la Justicia deducirá de cada liquidación trimestral la cuota que corresponda á Montepío por todos los funcionarios del Cuerpo.

Base 11.

Se ventilarán en los Juzgados municipales todos los negocios de jurisdicción voluntaria y de la contenciosa cuyo conocimiento corresponde ahora á los Jueces municipales y á los de primera instancia.

Base 12.

Conocerá de los juicios declarativos en primera instancia el tribunal de arbitradores ó de árbitros que los contratantes hayan constituído ó estipulado libremente en sus respectivos convenios, ó el que constituyeren al tiempo de su ejecución; y en su defecto, un tribunal de arbitradores que se formará en cada caso bajo la dirección del Juez municipal y será presidido por el mismo. La sentencia se redactará por escrito.

De todos los demás juicios y negocios civiles conocerá en primera instancia el Juez municipal, unipersonalmente. Sus sentencias serán razonadas.

Base 13.

Conocerá de toda clase de asuntos en grado de apelación, á tenor de la base 3.ª, un Tribunal de derecho, que será colegiado y se compondrá de dos Jueces de apelación y el municipal respectivo como ponente.

Conocerá de los incidentes de recusación de los Jueces municipales y decidirá las cuestiones de competencia que se pro-

Digitized by Google

muevan entre éstos, cuando pertenezcan al mismo partido judicial; el propio Tribunal de derecho, compuesto de tres Jueces de apelación ó de dos Jueces de apelación y uno municipal que no sea el recusado ni ninguno de aquellos á quienes afecte la declinatoria propuesta ó la inhibitoria intentada.

Las sentencias del Tribunal de apelación serán siempre razonadas.

Base 14.

Corresponderá al Presidente de la Justicia decidir las competencias que se susciten entre Tribunales de apelación y entre Juzgados municipales de partidos judiciales diferentes, y conocer de los recursos de responsabilidad que se promuevan contra toda clase de Jueces.

Base 15.

La sustanciación se ajustará, cuanto sea posible, al tipo del juicio oral, suprimiendo del enjuiciamiento vigente todas aquellas formalidades y diligencias y todos aquellos escritos que no sean estrictamente indispensables para la fijación y permanencia de la prueba y de las pretensiones y alegaciones sustanciales de las partes. No se admitirá réplica sino en el caso de que se haya opuesto reconvención. Las cuestiones incidentales se tramitarán, por punto general, en pieza separada, sin suspender el curso del juicio en lo principal.

Base 16.

Los que fueren parte en juicios civiles no tendrán forzosamente que ser representados en ningún caso por Procurador ni dirigidos por Letrado.

Base 17.

Queda suprimido el recurso de casación, y no se creará en lugar suyo ningún otro.

El Presidente de la Justicia sistematizará la «jurisprudencia de los Tribunales» en una instituta clara, según el orden

Digitized by Google

mismo de los Códigos, y publicará una edición nueva de ella todos los años, previa refundición, hecha á vista de todas las sentencias que pronuncien los Juzgados y Tribunales civiles de la nación.

Base 18.

Se planteará el sistema de títulos reales de propiedad y de posesión, adaptando á las condiciones especiales de la propiedad inmueble en España la combinación ideada por Sir Torrens y legislada en Australia.

Como base á este efecto, y para que sirva mientras no exista catastro parcelario, se formará, bajo la dirección de los respectivos Juzgados municipales, y en un plazo que no exceda de dos años, un amillaramiento de la riqueza inmueble más circunstanciado y preciso que los existentes, en el cual las fincas rústicas sean designadas con un número correlativo, lo mismo que las urbanas, y localizadas en el término por relación principalmente á las carreteras y caminos contiguos á ellas, convenientemente medidos y miliados.

Estos Amillaramientos correrán por ahora á cargo de los Juzgados municipales.

Base 19.

Los títulos de propiedad y de posesión se expedirán cuando los propietarios y poseedores los soliciten, previo examen detenido de los libros del actual Registro y de las demás pruebas que aquéllos produzcan para acreditar el dominio ó la posesión y las cargas que graven á cada finca. No se harán constar en dichos títulos los censos, hipotecas, gravámenes, ni ninguna otra clase de derechos reales contenidos en los libros de la antigua Contaduría de Hipotecas, los cuales se darán por no existentes, á menos que hayan sido trasladados, á instancia de parte, al Registro actual, ó lo fueren durante el tiempo que se señale, á tenor de la base anterior, para la formación de los Amillaramientos.

Digitized by Google

De cada título se harán dos ejemplares enteramente iguales y matrices ambos: uno, que ha de entregarse al propietario ó poseedor, y otro, que se ha de depositar en el archivo del Juzgado, en el cual constituirá un folio suelto del libro de la propiedad inmueble.

Base 20.

Una vez terminados los Amillaramientos en las condiciones expresadas, no podrán verificarse cambios en ellos, como tampoco celebrarse contratos solemnes, eficaces contra tercero, sobre bienes inmuebles, sin que previamente se constituyan los respectivos títulos de propiedad ó de posesión.

Las transmisiones de dominio de los inmuebles y derechos reales, así como la constitución de éstos y su cancelación, se harán constar, no en escrituras aparte, sino á continuación del título, así en el ejemplar móvil como en el archivado. Sin embargo, cuando se cancelare alguna carga, se librará un título nuevo, recogiendo é inutilizando el antiguo, si el propietario lo solicitare.

Se regularán en la ley los efectos que ha de producir la pignoración de los títulos de propiedad y de posesión.

Base 21.

Entre el Amillaramiento y el Registro de los títulos de propiedad y de posesión, ha de existir constantemente la más perfecta correspondencia, así en lo tocante á la numeración de las fincas como á su descripción, cabida y demás. En cada uno de ellos se hará referencia á la hoja que ocupa en el otro la finca respectiva. Siempre que por consecuencia de contratos, particiones, agregaciones, segregaciones, expropiación, fuerza mayor ó caso fortuito experimenten las fincas alguna alteración que afecte á los títulos, se tomará inmediatamente y de oficio razón de ella en el Amillaramiento.

Base 22.

Los títulos de posesión se cambiarán en títulos de propie-

Digitized by Google

dad á los veinte años de su fecha, á menos de que existiere pendiente y anotada en el duplicado correspondiente del Registro alguna reclamación. Se computará para este efecto el tiempo que la posesión lleve inscrita en el actual Registro de la propiedad.

Base 23.

El Estado garantizará la validez y eficacia de los títulos de propiedad contra toda reclamación de tercero, cuando hubieren sido librados previa formación de plano de la finca respectiva por ingeniero, arquitecto, topógrafo, maestro de obras ó agrimensor, é instrucción de un expediente análogo al de liberación de la actual ley Hipotecaria, en que se acredite á satisfacción del Juzgado respectivo y del Presidente de la Justicia el dominio del demandante y las limitaciones ó gravámenes que lo afecten. Contra la resolución del Juzgado municipal denegando la constitución de título de propiedad con el beneficio del seguro, podrán alzarse los interesados ante el Tribunal del partido respectivo.

En los títulos de esta clase se hará constar la circunstancia de hallarse asegurados por el Estado. Llevarán, además, dibujado en el anverso el plano de la finca respectiva. Una copia autorizada del mismo plano será incluída en la hoja del Amillaramiento correspondiente á la finca de que se trata.

Como prima del seguro, exigirá el Estado por una sola vez, en el acto de constituirse el título, una cantidad que no excederá por ahora del 0,30 por 100 del valor de la finca. Los ingresos por este concepto constituirán un fondo especial, administrado por el Presidente de la Justicia.

Tratándose de fincas cuyo título se halle asegurado en esta forma, las acciones reivindicatorias habrán de dirigirse, no contra el poseedor, sino contra el Estado, representado por la autoridad económica de la provincia, y se deducirán ante el Juzgado municipal del lugar en que radique la finca ó ante el de la capital de la provincia, á elección de los demandantes.

Digitized by Google

Cuando una demanda de esta clase prospere, el Presidente de la Justicia entregará ó remitirá al actor por conducto del Juzgado municipal respectivo el valor de la finca en metálico. Simultáneamente, el propio funcionario, en nombre del Estado, repetirá por acción personal contra quien corresponda.

Base 24.

Además de la hipoteca común, admitirá y reglamentará la ley la hipoteca preconstituída á nombre del propietario, sin relación á deuda ú obligación determinada, como derecho exclusivamente real, y no accesorio, que afecte sólo al inmueble sobre que se constituya y no á la persona del propietario. Cuando éste lo solicite, el Juzgado municipal respectivo le expedirá una ó más cédulas representativas de la hipoteca ya constituída ó que en el mismo acto se constituya, las cuales podrán ser, en cuanto á sus efectos, de dos clases: negociables mediante acta ó por endoso, y al portador.

Las cédulas hipotecarias tendrán el mismo valor real que el título de propiedad á que se refieran; por lo cual la emisión de ellas, así como su cancelación, deberá hacerse constar en el título mismo y en su duplicado del archivo municipal.

Se ordenará en la ley el procedimiento que ha de observarse para la cancelación ó liberación de estas hipotecas cuando no sea conocido el acreedor ó tenedor de las cédulas emitidas y no recogidas.

Base 25.

En caso de hurto ó extravío de títulos de propiedad ó de cédulas hipotecarias, se librarán en su lugar otros enteramente iguales, después que aquéllos hayan sido declarados nulos por auto del Tribunal competente, en un expediente análogo al que previene el Código de Comercio para el caso de robo, hurto ó extravío de documentos de crédito y efectos al portador.

Digitized by Google

Base 26.

El Registro de títulos de propiedad y el Amillaramiento serán públicos en los mismos términos que el actual Registro de la propiedad.

Para los testamentos, escrituras de obligación personal, reconocimientos, poderes, actas y demás documentos «no inscribibles», se formará protocolo reservado en las condiciones establecidas por la legislación notarial vigente; pero se simplificará su redacción, reduciéndolos á lo estrictamente indispensable. No se incluirán en ellos las «advertencias notariales», sino que se entregarán impresas á las partes en hoja suelta, en el acto del otorgamiento, y se unirán á las copias, dando fe de ello el Juez autorizante en la escritura misma.

Se imprimirán anualmente los índices por orden alfabético de los instrumentos autorizados durante el año.

Base 27.

Los que contrataren por documento privado sobre materia que no sea propiedad inmueble ó algún derecho real, podrán dar certidumbre y autenticidad á su fecha presentándolo en el Juzgado para que se tome razón del día de su presentación en el documento mismo y en un libro especial análogo al Libro indicador del Notariado actual.

Base 28.

Los impuestos que graven las transmisiones se exigirán, lo mismo que el del timbre, en el acto del otorgamiento ó de la presentación é inscripción del contrato y en la misma oficina del Juzgado. Sin embargo, tratándose de transmisión de bienes ó de constitución de derechos reales, deberá concederse á las partes que lo soliciten una espera de hasta tres meses, siempre que dejen en prenda el título de propiedad objeto del acto ó contrato. Pasado dicho plazo sin haber satisfecho lo

Digitized by Google

adeudado, se hará efectivo en la vía de apremio por el Juzgado mismo.

En todo caso, la constitución de los títulos de propiedad y de posesión se hallará exenta de todo impuesto, incluso el del timbre.

Base 29.

Habrá en cada población un edificio aislado, con nombre de *Foro*, destinado exclusivamente á los servicios del Juzgado, justicia municipal, fe pública y registros civil y de la propiedad. En este edificio habrá de habitar el Juez, ó la mitad cuando menos de los Jueces, si fueren dos ó más. En previsión de un incendio, se procurará que los Archivos ocupen un ala ó un pabellón aislado del cuerpo mayor del edificio, y se dispondrá próximo á él un depósito de agua y una bomba, que ha de mantenerse constantemente en estado de prestar servicio.

El Presidente de la Justicia dispondrá lo más conveniente en cada caso, autorizando á los Ayuntamientos para levantar un empréstito por el coste presupuesto de la construcción, sobre la base del alquiler anual que han de satisfacer los Jueces por la habitación ó habitaciones que ocupen; ó bien, celebrando contratos con particulares que se obliguen á construir el edificio de cuenta propia y á darlo en arrendamiento á la Administración por un plazo largo; ó creando un timbre especial, exigible en todo acto, y cuyos tipos no podrán exceder de 5, 10 y 25 céntimos de peseta.

Base 30.

Quedan suprimidas las vacaciones de todas clases, salvo la de los domingos. Podrán concederse licencias por causa de enfermedad, dentro de límites fijos, á condición de que los Jueces que las obtuvieren habiliten á sus expensas sustitutos pertenecientes al Cuerpo judicial que se hallen excedentes ó en expectación de destino.

JOAQUÍN COSTA.

Digitized by Google

BIENES RESERVABLES *

II

BIENES SUJETOS Á ESTA RESERVA

(Artículos 968 y 969.)

Las disposiciones del Código civil son relativamente claras respecto á este punto. Basta copiar los artículos 968 y 969.

«Art. 968. Además de la reserva impuesta en el art. 811, el viudo ó viuda que pase á segundo matrimonio, estará obligado á reservar á los hijos y descendientes del primero la propiedad de *todos los bienes* ***que haya adquirido de su difunto consorte***, *por testamento, por* ***sucesión intestada, donación ú otro cualquier título lucrativo;*** pero no su mitad de gananciales.»

«Art. 969. La disposición del artículo anterior es aplicable *á los bienes que, por los* ***títulos en él expresados, haya adquirido el*** *viudo ó viuda*, de cualquiera de los hijos de *su* primer matrimonio, y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración á éste.»

Han desaparecido las antiguas cuestiones que existían en esta materia, y hasta los bienes que adquiere el padre por herencia testada de sus hijos, están sujetos por completo á la obligación de reservar, sin exceptuarse, por consiguiente, el tercio de libre disposición, que el padre recibía, ó la mitad que hoy puede recibir por expresa voluntad de su hijo, como cualquier otro extraño.

---

* Véase la pág. 515 del tomo anterior de la REVISTA.

Digitized by Google

En cuanto á lo que el binubo adquiere de sus nietos y demás descendientes, el art. 969 no declara nada expresamente. Las palabras con que termina al extender las reservas á los bienes habidos de los parientes del difunto, por consideración á éste, no resuelven la cuestión, porque sólo en rarísimos casos podrá aplicarse á lo que procede de los nietos, toda vez que lo que el binubo pueda adquirir de estos descendientes, lo adquirirá siempre, no por consideración al difunto, sino como ascendiente y por consideración á él mismo. El art. 811 establece otra reserva completamente distinta. En virtud de ese artículo, tendrá el ascendiente la obligación de reservar lo que heredare de sus descendientes en favor de sus hijos, como parientes dentro del tercer grado de uno y otro; pero los bienes han de ser heredados, no adquiridos por otros títulos lucrativos y procedentes de otro ascendiente ó de un hermano, siendo entonces reservables en todo caso, aunque no exista segundo matrimonio. Este artículo no resuelve, por consiguiente, la duda, porque si bien resultará en algunos casos que el binubo reservará en favor de sus hijos bienes procedentes de un nieto, no serán todos los que adquiera, ni aun todos los heredados del mismo, ni la reserva dependerá de las mismas condiciones, sino de otras distintas. La sentencia de 11 de Marzo de 1861 aclaró esta duda, que también se presentaba en el derecho antiguo, si puede decirse aclarar el emitir una opinión de las que podían aceptarse. Según el Tribunal Supremo, aunque en la palabra hijos suelen comprenderse los nietos, esto no puede admitirse en aquellas materias que por su naturaleza deban interpretarse en sentido restrictivo, y por tanto, los bienes que el abuelo que contraiga segundas nupcias hubiese adquirido por herencia de sus nietos, no están sujetos á reserva, porque la ley 15 de Toro sólo habla de lo heredado de los hijos, y esta ley debe interpretarse en sentido restrictivo.

La expresada sentencia de 11 de Marzo de 1861, aunque antigua, puede decirse que es de actualidad, porque resuelve un punto que sigue presentándose dudoso, sin que se hayan alte-

Digitized by Google

rado los términos de la cuestión. Aun sin ella así debería sobreentenderse, porque el art. 969 del Código civil sólo habla de lo que el viudo ó viuda haya adquirido de cualquiera de los *hijos* del primer matrimonio, no de los demás descendientes, y así como en el art. 968 se establece la reserva en favor de los *hijos y descendientes*, y en los 973, 974 y 975 se emplean las mismas palabras, el legislador no hubiera dejado también de emplearlas en el 969, si su intención hubiera sido extender la obligación de reservar á los bienes adquiridos por cualquier título lucrativo de los descendientes que no son hijos. Para el Código, pues, en la palabra hijos no van comprendidos los nietos, pues cuando quiere hablar de éstos, además de los hijos, nombra á sus descendientes, luego no son recervables los bienes que adquiere el binubo de sus nietos, biznietos, etc.

No debe reservar el viudo ó viuda su mitad de gananciales, porque es desde luego suya, y no procedente de su consorte ni de sus hijos; pero sí tendrá que reservar la parte de gananciales que, correspondiendo al cónyuge premuerto ó sus herederos, puede habérsele legado ó donado al sobreviviente por los mismos.

En cuanto á los bienes á que se refiere el art. 811, veremos cuáles sean en otro lugar.

III

NATURALEZA DE LOS BIENES RESERVABLES. — SU ENAJENACIÓN

(Artículos 972, 973, 974, 975 y 976.)

La naturaleza de las reservas no ha cambiado; pero se han restringido sus efectos. El viudo ó viuda adquiere los bienes que tienen el carácter de reservables con las mismas limitaciones que antes, y por tanto su dominio se halla afecto á la misma doble condición resolutoria, solamente que cuando no ha contraído aun el segundo matrimonio, si enajena los bie-

Digitized by Google

nes, no responde de los mismos objetos enajenados, sino de su valor, para que no sufra perjuicio el tercero.

Las transmisiones de dominio que haga el viudo antes de pasar á segundas nupcias, no llevan consigo condición resolutoria alguna. Las que verifique de bienes inmuebles después de casado segunda vez, sí se hallan afectas á esa condición; pero el hecho incierto del que depende su eficacia, ó sea la extinción del derecho, ya es uno solo: el que á la muerte del binubo existan ó no hijos suyos legítimos de su matrimonio anterior; porque el otro hecho, las segundas nupcias, ya estaba verificado, y siendo pasado y conocido, no es para los terceros condición.

En efecto, el Código civil distingue entre los bienes reservables muebles y los inmuebles, y respecto á éstos, entre las enajenaciones hechas por el viudo ó viuda antes ó después de su segundo matrimonio. Las enajenaciones de los bienes muebles reservables son válidas en todo tiempo, salva siempre la obligación de indemnizar. (Art. 976.) Las de los bienes inmuebles son también válidas si se efectúan antes de celebrar segundas bodas, con la obligación en el viudo ó viuda desde que las celebrare de asegurar el valor de los inmuebles enajenados á los hijos y descendientes del primer matrimonio. (Art. 974.) Las enajenaciones de los inmuebles sujetos á reserva que verifique el cónyuge sobreviviente después de contraer segundo matrimonio, *subsisten* únicamente si á su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria. (Art. 975.)

Continúa en pie, pues, la distinción que antes se hacía entre los bienes *reservables* y los ya *reservados*, y por tanto, hoy como entonces, los bienes adquieren el carácter de *reservables* condicionalmente desde el momento en que muere el cónyuge de quien proceden, ó si provienen de los hijos, desde el momento en que pasan al dominio del padre ó madre sobreviviente; y el carácter de *reservados*, también condicionalmente, lo adquieren los bienes desde que el viudo ó viuda contrae se-

Digitized by Google

gundo matrimonio. Estos dos tiempos se confunden cuando después del segundo matrimonio se adquieren bienes de un hijo; entonces quedan desde luego reservados, salvo la excepción del último párrafo del art. 970. El art. 974, al hablar de las enajenaciones hechas antes de las segundas nupcias, se refiere á los bienes reservables, y no emplearía esta denominación si el carácter de reservables lo adquiriesen los bienes al verificarse las segundas bodas. Además, si no fuesen reservables desde su adquisición, esto es, si su dominio se transmitiese al viudo ó viuda sin la doble condición resolutoria de que en otro lugar me he ocupado, no se explicaría el que tuviese que responder de su valor, porque si hasta el segundo matrimonio eran suyos libremente y no estaba *pendiente* la condición libremente podría enajenarlos sin incurrir en la obligación de indemnizar el valor de los muebles y de asegurar el de los inmuebles. Lo que ocurre, según queda dicho, es que si el viudo ó viuda los enajena antes de contraer segundo matrimonio, la transmisión de dominio se efectúa puramente á favor del tercero y sin condición alguna resolutoria, y si los enajena después, las segundas nupcias son sólo el motivo, la causa determinante de la condición, y la condición es el que á la muerte del binubo existan ó no hijos del matrimonio anterior. De otro modo: que los terceros adquirentes sólo tienen que reservar cnando adquieren bienes inmuebles de un binubo, habiendo hijos de anterior matrimonio, porque sólo entonces adquieren con esa condición. Además de lo dicho, de no ser así, los bienes muebles nunca serían reservables, y holgaría, por tanto, cuanto sobre ellos dispone el art. 976 y los 977 y 978 del Código civil.

Aunque el art. 976 sólo impone al viudo ó viuda la obligación de indemnizar, el Código no se contenta con esto, puesto que, á ser posible, tiene que asegurar con hipoteca la devolución del precio que recibió por los bienes muebles, ó la entrega de su valor en la época en que se enajenaron, según que se verifique la transmisión por título oneroso ó lucrativo. Así lo

Digitized by Google

preceptúa el número 3.º del art. 978, por lo que se ve que, ya se trate de muebles ó inmuebles, el binubo tiene que asegurar á sus hijos y descendientes su valor, sin que baste á la ley la simple obligación de indemnizar.

El viudo ó viuda, aunque contraiga segundas nupcias, conserva hasta su muerte el usufructo enteramente libre de los bienes reservables; por esto también, hasta que ocurra su fallecimiento, los terceros adquirentes usufructúan libremente esos bienes. En cuanto á la nuda propiedad, corresponde al viudo ó viuda, y en su caso al tercero, condicionalmente; esto es, si no sobreviven hijos del primer matrimonio; por eso pueden enajenar los bienes reservables; pero pendiente, hasta que se resuelva, la misma condición.

Esa nuda propiedad es la que se reserva á los hijos y descendientes que, mediante el cumplimiento de la condición, serán en su día los verdaderos dueños de los bienes; y como el derecho no corresponde á un hijo determinado, sino á todos, es lógica la disposición del art. 972, que faculta al binubo para mejorar en los bienes reservables á cualquiera de los hijos y descendientes del primer matrimonio, no en cuanto á todos los bienes, sino en cuanto á su tercera parte, pues si dispusiese de todos en favor de algunos, quedarían los demás despojados de un derecho que la ley les reconocía.

Cuando el padre ó madre no han usado *en todo* ó *en parte* de la facultad de mejorar, dispone el art. 973 que los hijos y descendientes sucedan en los bienes sujetos á reserva, conforme á las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque por virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto, ó renunciado su herencia. No usar en *todo* de la facultad de mejorar, es simplemente no usar de esa facultad; no usar en *parte*, es disponer sólo para mejoras de una porción menor de la total que se destina á ese fin. Si se entendiese de otro modo, no usar en todo sería no disponer de todo, y podría deducirse que los bienes reservables podían destinarse todos á mejoras lo cual es un absurdo.

Digitized by Google

Aunque en los bienes libres, los padres pueden disponer de la tercera parte aun en favor de extraños, y, por tanto, dejar á un hijo el tercio de mejora y el tercio de libre disposición, esto no es aplicable á los bienes reservables, respecto á los cuales los padres no pueden disponer libremente de nada, y por excepción, se les permite que puedan mejorar á sus hijos; por lo que es claro que la mejora no puede exceder de la tercera parte, que es la porción que el art. 823 destina para ese fin.

Queda expuesta la naturaleza de las reservas, y los derechos y obligaciones del viudo ó viuda en los bienes reservables; falta aún examinar el valor de las enajenaciones realizadas, y el derecho que puede corresponder á los hijos y descendientes para que, cumplida la condición, pasen á su poder los inmuebles adquiridos por terceros.

Según el art. 975, las enajenaciones de inmuebles hechas por el binubo, *subsisten,* ó *no subsisten,* según que á su muerte queden ó no hijos ó descendientes del primer matrimonio. Esas enajenaciones, ¿son nulas ó rescindibles? La acción que se da á los hijos, ¿es de nulidad ó de rescisión, llámese ésta resolutoria ó rescisoria?

El Sr. López Mazón, Registrador de la propiedad de Torrelaguna, en el informe emitido en el Congreso de Registradores de Santiago sobre tres puntos dudosos en materia de reservas, decía sobre este particular lo siguiente:

«El proyecto de Código de 1851 no distinguió las enajenaciones de bienes inmuebles hechas antes ó después de las nuevas nupcias del viudo ó viuda para los efectos de su validez: todas ellas eran nulas, aun cuando reconoció que podían quedar subsistentes. Solamente las distinguió al efecto único de devolver ó no el precio de la enajenación al adquirente. El Código vigente las distingue, declarando válidas las hechas por el viudo ó viuda, é implícitamente nulas las hechas por el binubo, que á eso equivale el negarles subsistencia, á no ser para el caso incierto de no existir, á la muerte del enajenante, hi-

Digitized by Google

jos ó descendientes legítimos, ó sea para el caso en que, cesando la reserva, se convierte el transferente en propietario de los bienes que fueron reservables.»

«Con lo que ambos textos han atendido más á la estabilidad de los contratos que al rigor de los principios. Puede ser, pues, por esta transacción, que lo que es nulo se convalide; pero mientras la convalidación no venga, la nulidad existirá.»

«Ahora bien: anotada en el Registro de la propiedad la calidad reservable de los inmuebles, el tercero que inscribiese, cae de lleno en el art. 33 de la ley Hipotecaria, sin el beneficio que excepciona el art. 34; y por lo tanto, los hijos y descendientes legítimos no pueden ser defraudados.»

Esta opinión no me parece admisible. Yo creo que no existe tal nulidad, ni pueden tener aplicación á este caso los artículos 33 y 34 de la ley Hipotecaria.

Es *nulo* todo acto sin eficacia legal alguna, todo acto que desde su nacimiento lleva consigo un vicio que lo destruye y lo invalida; lo que nunca ha podido existir legalmente, ni producir efectos, por falta de algún requisito ó elemento esencial; lo que en rigor no depende de la voluntad de las partes, ni por ella puede borrarse, ni prevalecer por transcurso del tiempo.

Es *rescindible*, un acto válido en su origen que puede anularse en virtud de alguna circunstancia, por la voluntad de alguno de los interesados en él; un acto que nace con vida propia, que surte todos sus efectos hasta que se pide su anulación por virtud de alguna reserva legal ó voluntária; lo que pudo legalmente existir y subsiste siempre si los interesados quieren que subsista, porque siendo un derecho exclusivo de ellos el pedir la rescisión, pueden renunciarlo, ó dejar pasar el tiempo marcado sin entablar reclamación.

Los preceptos legales alteran algo el rigor de los principios; pero la esencia sigue siendo la misma. Lo nulo nace ya con un vicio, le falta algo esencial; lo rescindible es válido en su origen, y produce como tal acto válido, sus naturales efectos.

Ahora bien; las palabras del Código civil no declaran las

Digitized by Google

enajenaciones de inmuebles hechas por el binubo, ni nulas, ni rescindibles; pero sí expresan que esas enajenaciones sólo *subsistirán* si no quedan hijos. Subsistir es continuar existiendo, permanecer, quedar estable, conservarse; lo que subsiste es que existía antes, y viceversa, lo que existía y deja de existir, lo que existiendo no permanece ni se conserva, es lo que no subsiste. Si, pues, las enajenaciones subsisten cuando no sobreviven al binubo hijos del primer matrimonio, es que ya antes se reconocía su existencia, luego ya antes eran válidas. Podrá decirse que no es lo mismo existir que tener validez; pero claro es que la ley no se refiere en la palabra subsistir á la realidad material del hecho de la enajenación, sino á su existencia y realidad legal, y siendo esto así, como lo que es nulo en su origen, no puede llegar á ser válido por el transcurso del tiempo, si el Código considerase nulas esas enajenaciones, no las consideraría después subsistentes por el hecho incierto y casual de que no quedasen hijos. Viceversa, cuando quedan hijos y no subsisten, no es que se reconozca su nulidad, lo cual sería una inconsecuencia, sino que actos válidos dejan de producir sus naturales efectos, mediante la circunstancia de quedar hijos y contando con la voluntad de éstos; en suma, que esos actos se rescinden.

No se ha atendido, pues, más á la estabilidad de los contratos que al rigor de los principios, sino que se han hermanado una y otra circunstancia; no se convalida lo que es nulo, sino que subsiste lo que era válido; ni existe la nulidad mientras no venga la convalidación, sino que el acto signe siendo válido mientras no se rescinde. ¿Cómo se explicaría, no siendo así, el que los hijos mayores de edad pudiesen renunciar ese derecho que les da la ley, y á su arbitrio, convertir en válido lo que se dice que era nulo? Ni ¿qué requisito ó elemento esencial falta á esas enajenaciones para que se puedan considerar nulas en su origen? ¿Es que el binubo enajena lo que no le pertenece? Si la enajenación fuese pura, ciertamente; pero se trata de una enajenación condicional, y el binubo da lo que tiene, que podrá

Digitized by Google

ser todo ó nada, según que el hecho incierto se realice ó no.

Ya lo hemos dicho, se trata de una transmisión de dominio con condición resolutoria, por lo que la enajenación hecha por el binubo, previo cumplimiento de las prescripciones legales, que es el caso de que debemos ocuparnos, es tan válida como la que puede hacer el comprador con pacto de retro dentro del término en que el vendedor puede devolver el precio y recuperar sus bienes. Luego no hay motivo para considerar nunca nulo el acto de la enajenación.

Si á la muerte del binubo quedan hijos ó descendientes, éstos pueden recindir la enajenación de inmuebles hecha por su ascendiente después de contraer segundo matrimonio.

¿Tendrán que emplear una acción resolutoria ó rescisoria? Una y otra se aplican á los actos rescindibles ó revocables, no á los nulos en su origen, de modo que la cuestión importa poco. Puesto que la transmisión se hizo con condición resolutoria, la acción debe ser también resolutoria; encaminada á resolver, á desligar, á dejar sin fuerza la transmisión condicional verificada. Que la distinción de las unas acciones con las otras dependan de que nazcan de la ley ó de la voluntad de los interesados, como afirma La Serna, ó de que unas anulen y otras rescindan el acto realizado, como opinan los Sres. Galindo y Escosura, es indiferente, siempre sin embargo, que no se confunda lo nulo en su origen con lo anulado por hechos posteriores, porque son dos actos distintos, dos cosas diferentes, y la ley Hipotecaria lo comprueba así al tratar de los actos nulos en los artículos 33 y 34, y de los anulados y rescindidos en los artículos 36 al 41 inclusive.

Si lo anulado se entendiese que es lo nulo, la acción que corresponde á los hijos en el caso que nos ocupa debe llamarse rescisoria; pero yo no lo considero así.

Con extrañeza vemos que el Código civil, en sus artículos 1295 y 1303, iguala los efectos de la rescisión con los de la nulidad, quizás por considerar como nulidad lo que no es más que anulación, pues verdaderamente nulos son los contratos en

Digitized by Google

que faltan los requisitos que exige el art. 1261, y de esos no se ocupa más que para decir que no pueden ni confirmarse por un acto válido posterior.

Sea como sea, el art. 1123 del mismo cuerpo legal señala los efectos de las condiciones resolutorias. Los adquirentes de bienes reservables deben restituir los inmuebles que se les enajenaron. Si la cosa se perdió sin su culpa, no tienen que devolverla, y si se perdió por culpa suya, quedan obligados á la indemnización de daños y perjuicios. Respecto á los deterioros que las fincas hayan experimentado, se hace la misma distinción, respondiendo ó no de ellos el que debe restituir, y en cuanto á las mejoras, si provienen de la naturaleza ó del tiempo, ceden en beneficio de los hijos ó descendientes, y si han sido hechas á expensas del deudor, tiene derecho á retirarlas, si es posible hacerlo, sin detrimento de los bienes; pero no puede nunca reclamar indenmización.

El art. 975 del Código civil termina con estas palabras: «Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria», esto es, según que conste ó no en el Registro la calidad reservable de los bienes, y que el adquirente inscriba ó no su derecho. No es referencia á los artículos 33 y 34, sino á todos los que puedan relacionarse con esta materia, y más especialmente á los artículos 23, 36 y 37, y aun á los 33 y 34 en algunos casos.

Si se ha hecho constar en el Registro por medio de nota marginal, ó al inscribir, que los bienes tienen la cualidad de reservables, cumplida la condición de que depende la reserva, no subsisten las enajenaciones de inmuebles hechas á un tercero por el binubo, y pueden, por tanto, rescindirse, haya ó no inscrito ese tercero su derecho, porque las acciones rescisorias ó resolutorias deberán su origen á una causa que consta explícitamente en el Registro. (Art. 37, núm. 1.°, de la ley Hipotecaria.)

Si no se ha hecho constar en el Registro esa cualidad de los bienes, el tercero puede haber inscrito su derecho ó no. Si lo ha inscrito, pero en el acto ó contrato por el Notario ó por

Digitized by Google

las partes se ha expresado la cualidad reservable de lo que se enajena, en la inscripción constará también la causa de la posible resolución, y, por tanto, también procederá la acción, y será aplicable el art. 37 de dicha ley.

Si no consta de ningún modo, el que adquiere inscribe puramente, y su título perjudica á tercero según el art. 23, por lo que la enajenación subsiste, y no puede entablarse contra él la acción resolutoria, según terminantemente preceptúa el artículo 36. A este caso parecen referirse principalmente las palabras «sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria», porque es la verdadera excepción de la regla general.

Por último, si el tercero no inscribe tampoco, conste ó no en el Registro la cualidad reservable de los bienes, el acto será también rescindible, si consta la reserva, porque según el artículo 23, el título del tercero no inscrito no puede perjudicar á los hijos y descendientes, y si no consta la reserva, porque habrá de aplicarse el art. 975 del Código civil. El tercero sufre en este caso un perjuicio injusto, puesto que no consta en parte alguna que los bienes estuviesen afectos á condición resolutoria de ninguna clase; pero aparte de que éste es el caso de verdadera aplicación del art. 975, y de que al tercero debe serle imputable la falta de inscripción de su título, ese perjuicio ocurrirá pocas veces, porque se necesitan para ello muchas circunstancias: que el enajenante, por ignorancia ó malicia, oculte la verdadera cualidad de los bienes; que no intervenga Notario ó no se presente á éste el título de adquisición de las fincas, lo cual hace posible el art. 7.º de la instrucción sobre el modo de redactar instrumentos públicos sujetos á registro, y que el que adquiere sea tan negligente que no se entere, ni de las circunstancias personales del que enajena, ni de la procedencia de los bienes, y en este caso suya será la culpa, y más justo que sufra él el perjuicio, que no los hijos ó descendientes, que casi nunca tendrán influencia alguna en tales omisiones.

Podrá decirse que la enajenación hecha en esas condiciones es nula ó puede ser anulada, porque el binubo enajenante que

Digitized by Google

oculta la cualidad de los bienes obra con dolo ó engaño, y el adquirente, si consiente, consiente con error; pero aunque así sea y aunque haya de reconocerse que el art. 975 se refiere desde luego á las enajenaciones de bienes reservables, hechas como tales bienes reservables, y no como bienes libres, expresando esa cualidad y no ocultándola, es lo cierto que esa nulidad no aprovecha al tercero, porque no se trata del caso de que á él le convenga pedir la nulidad, sino, al contrario, de que los hijos hagan valer esa nulidad contra él, por no haber sido ellos parte en el engaño y sufrir perjuicios siendo interesados; de modo que el hecho producirá los mismos resultados. Y si con arreglo al art. 1302 del Código, se niega á los hijos el derecho de pedir la nulidad, no reclamando el tercero, y confirmando tácitamente el acto, se convalida, según los artículos 1309 y 1311, y renace su verdadera naturaleza rescindible, en armonía con el 975.

Las afirmaciones que preceden, no ofrecen duda, á mi modo de ver. Constando en el Registro la cualidad de ser los bienes reservables, el tercero que inscribiese su derecho no caería de lleno en el art. 33 de la ley Hipotecaria, como supone el señor López Mazón, porque no inscribiría un acto nulo, sino un acto válido, aunque revocable; y si el acto fuese nulo, no lo sería por constar en el Registro aquella cualidad, sino por otro vicio de origen, en cuyo caso, aunque no constase tal cualidad, el tercero inscribiría siempre un acto nulo. Cuando no consta de ningún modo, ni por nota, ni por la inscripción de enajenación, que los bienes enajenados son reservables, el tercero que inscriba, inscribe bien y perjudica á los hijos, y esto, aunque el acto inscrito se considere nulo por mediar engaño ó error. Si el acto fué motivado por un título oneroso, porque si bien la inscripción no convalida los actos nulos con arreglo á derecho, ese tercero adquiría de quien según el Registro tenía derecho á ello, y su titulo no puede invalidarse, según el art. 34 de la ley Hipotecaria, aunque después se anulase ó resolviese el derecho del enajenante, por causas que no resultaban clara-

Digitized by Google

mente del mismo Registro. Si la transmisión se verificó por título lucrativo, no sería aplicable el referido art. 34; pero ocurriría lo que se ha indicado anteriormente: el enajenante, como autor del dolo, no podría reclamar la nulidad; el tercero no lo haría por no convenirle, y no teniendo derecho á ejercitar la acción más que los obligados principal ó subsidiariamente, según el art. 1302 del Código civil, la transmisión quedaría confirmada válidamente por el consentimiento tácito del único que podría entablar la acción de nulidad (arts. 1309 y 1311). Una vez convalidada, renacería la verdadera naturaleza del acto, enajenación con condición resolutoria legal, y el título del tercero perjudicaría por su inscripción, con arreglo al artículo 23 de la ley Hipotecaria, y la acción rescisoria no se daría contra él, en virtud del art. 36.

Por último, aunque el Código no habla de derechos reales, ni distingue más enajenaciones que las de muebles é inmuebles, al hacerlo así es lógico con su doctrina, ya que, según el art. 333, todas las cosas que pueden ser apropiadas han de considerarse muebles ó inmuebles, comprendiéndose en el primer grupo las semovientes, y en el segundo, entre otros bienes, los derechos reales.

(Continuará.)

JOSÉ MORELL,
Registrador de la propiedad.

Digitized by Google

ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Doctrina del Tribunal de Casación interpretando los artículos 655 y 733 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

En nuestro propósito de dar á conocer con la debida oportunidad la doctrina de más importancia, que con la autoridad que le es propia, ha sancionado durante el año de 1892 nuestro Tribunal de Casación en materia criminal, ofrecemos á la ilustrada consideración de los lectores de esta REVISTA la referente á la interpretación de los artículos 655 y 733 de la vigente ley Procesal.

***

Interesada en sus conclusiones provisionales por el Ministerio público, contra los procesados, una pena de carácter correccional, conformándose con ella el Letrado defensor, no articulando éste prueba, ni creyendo tampoco necesaria la continuación del juicio, ¿qué deberá acordar la Sala, si el reo pide que se le nombre otro Letrado y que se le admita prueba?

La práctica general de los Tribunales, fundada en el silencio de la ley Procesal, que únicamente ha previsto este caso cuando el delito sea de los de flagrante procedimiento (art. 796 de la ley de Enjuiciamiento criminal), venía siendo la de dictar auto declarando tener por hecha la calificación y ordenar la entrega de la causa al Magistrado Ponente para el examen tan sólo de la prueba articulada por las partes acusadoras.

Digitized by Google

Sometido á la resolución del Tribunal Supremo dicho particular, merced al oportuno recurso aducido á nombre de un procesado, que pidió, al no ratificarse ante la Sala, el nombramiento de nuevo Letrado de oficio, mediante á que el antes designado no propuso prueba y se allanó con las conclusiones fiscales, y denegada, finalmente, tal pretensión por la Audiencia, el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de Octubre de 1891, publicada en la *Gaceta* de 15 de Diciembre de 1892 (1), declaró haber lugar al recurso interpuesto, fundando su resolución en que *no habiéndose ratificado el procesado, conforme á la facultad que le otorgaba el art. 655 de la ley Procesal, en el escrito en que se conformó su defensor con la pena, el Tribunal, no obstante, condenaba á aquél, sin haber dado lugar, como procedía hacerlo, á que propusiera y practicara la prueba necesaria á su defensa.*

No creemos, á pesar de lo explícito de tal doctrina, que hayan desaparecido las dudas surgidas, según nuestro entender, de un involuntario olvido de redacción en la ley; olvido salvado cuidadosamente en la del Jurado de 20 de Abril de 1888.—¿Deberá, cabe ahora preguntar, cuando el procesado al no ratificarse lo solicite, requerir el Tribunal á la representación de aquél para que en el plazo que le sea señalado articule formalmente la prueba? Nosotros, fuera de lo ordenado para el proce-

(1) He aquí el hecho que sirvió de fundamento á la notable sentencia citada en el texto. En 10 de Agosto de 1890, Juan Cruz Hernández, echó de manos de su finca un caballo, que encontró el día 14 en el potrero Cosa, donde lo llevó José Sánchez, á quien se le declaró procesado. Habiéndose conformado el Letrado con las conclusiones fiscales, el acusado no se conformó con la pena y solicitó se le admitiese prueba en escrito de otro Letrado. Denegada tal pretensión, seguido el juicio y dictada sentencia, se interpuso recurso de casación en la forma, al cual se declaró haber lugar mediante á que, conforme al art. 911, caso 1.°, de la ley de Enjuiciamiento criminal, se quebranta la forma denegando la admisión de una diligencia de prueba propuesta en tiempo, y con mayor razón deberá entenderse quebrantada aquélla, é incluído en tal precepto, cuando el Tribunal, prescindiendo del trámite de prueba propuesta por parte del procesado, que tuviera derecho á proponerla, le condena sin este imprescindible trámite del juicio.—*(N. del A.)*

Digitized by Google

dimiento flagrante y causas de la competencia del Jurado, no nos atrevemos á responder afirmativamente. Lo que sí pensamos es que, con arreglo á la doctrina del Tribunal de Casación, el procesado tiene siempre derecho á aducir sus pruebas, salva la posterior declaración de su pertinencia ó impertinencia. Ahora bien; como el acusado, cuya defensa no articuló prueba, ni se opuso á la calificación fiscal, haya de hacer viable ese derecho, la ley ni lo dice ni puede adivinarse el medio de suplir su silencio.

El acto de la comparecencia del reo para ratificarse ó no en el escrito de conformidad de su Letrado, no tiene más alcance que el allanamiento ó la oposición á sufrir desde luego la pena, y el responder ó no á las consecuencias de la indemnización. Toda otra solicitud es ajena á tal trámite, y ni el acusado podría deducirla, ni la Sala atenderla. Únicamente en diversa comparecencia, inmediata al instante de la diligencia para la cual el Tribunal ordena presentarse al procesado, ó en solicitud escrita de éste, pudiera instar sobre el derecho reconocido á su favor de probar lo que le conviniere, y ya se ha visto que esto fué lo ocurrido en el proceso cuyo fallo fué anulado ante el Tribunal de Casación.

***

Terminante y explícita ha sido la doctrina sentada por el Tribunal Supremo respecto al alcance de la facultad extraordinaria otorgada á las Salas de lo criminal en el art. 733 de la ley de Enjuiciamiento.

Conviene hacer constar, antes de exponer la doctrina del Tribunal de Casación: 1.º, que según la exposición de motivos de dicha ley, ésta no se informa de modo absoluto en los principios del sistema acusatorio; 2.º, que la fórmula, tésis ó tercera conclusión reservadas al Presidente del Tribunal, cuando entiende la Sala que hay error en las conclusiones definitivas del Ministerio público, no tiene otro objeto, según aquella ley,

Digitized by Google

que el de evitar la impunidad del acusado, cuando el Fiscal no calificó con acierto el hecho justiciable; así como el de evitar que en obediencia al sistema francamente acusatorio, se dé el contrasentido de que los Magistrados condenen contra su convicción ó *absuelvan* violentando su conciencia, abdicando con todo ello en el Fiscal sus facultades y dejando en sus manos toda entera la administración de la justicia (1).

Y prévias estas observaciones, veamos ahora cómo de modo constante viene el Tribunal Supremo resolviendo las dificultades surgidas en la aplicación del art. 733 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

PRIMER CASO. *Absolución del acusado por manifestar el Fiscal que no está probada la participación en el delito.*—Entendían muchos Tribunales que en ese supuesto podían condenar, y se fundaban, tanto en que las pruebas aducidas en el solemne acto del juicio no podía ser el Fiscal quien únicamente las apreciase, sino que tal atribución era exclusiva bajo su responsabilidad moral y legal de los Jueces sentenciadores, cuanto porque el legislador no quiso implantar en absoluto el sistema acusatorio, forzando á los Tribunales á absolver á quien ellos creían delincuente. Además, deducían que, según el art. 741, la apreciación de la prueba era privativa de los Tribunales, y que si retirada por el Fiscal la acusación, mediante no existir á juicio de dicho funcionario prueba, había necesariamente que absolver, se daba paladinamente el caso de la absolución de un delincuente, tenido por tal según la conciencia de tres Magistrados, debido todo ello á que el Fiscal no entendió probado lo que ante el criterio del Tribunal era evidente. Cierto, se decía, que la fórmula del art. 733 no podía emplearse jamás en lo respectivo á la participación del acusado, como no es utilizable en lo que se relaciona con las circunstancias agravantes ó atenuantes; pero así como no se ocurría pensar que

(1) Exposición á la ley de Enjuiciamiento criminal de 1882, edición oficial, páginas 20 y 21.

Digitized by Google

no por ello el Tribunal se viese privado de elevar el grado de la pena estimando las agravantes tenidas ó no en cuenta por el Fiscal; de igual modo también se llegó á creer que la ley no prescribía la tésis en el extremo referente á la imputabilidad, porque existiendo un delito, reconocido por las partes acusadoras, la prueba de la participación ó no participación de los acusados era privativa de la Sala, ya que es indiscutible que la ley no reconocía *en absoluto* el sistema acusatorio, *cuyos inconvenientes, en así admitirle, habían puesto de relieve insignes Magistrados encanecidos en la administración de justicia.* (Expos. de motivos de la ley de 1882.)

El Tribunal de Casación ha resuelto de manera concluyente, sin embargo, que se incurre en quebrantamiento de forma cuando se impone pena á un procesado habiendo solicitado el Ministerio fiscal su absolución, por estimar que no se había probado la participación de aquél en el delito; lo cual entiende el Supremo es de todo punto contrario al espíritu y texto de la ley Procesal. (Sent. de 7 de Enero de 1891, inserta en la *Gaceta* de 8 de Marzo de 1892.) Tal doctrina había sido sentada ya de manera concluyente en anteriores sentencias de 13 y 14 de Enero, 15 de Febrero, 13 de Marzo, 7 de Abril, 20 de Junio y 14 y 18 de Noviembre de 1890, 7 y 31 de Enero, 17 de Febrero, 3 de Marzo, 6 de Abril y 30 de Junio de 1891, reconociendo el Tribunal de Casación que no es legalmente posible que el procesado sea condenado por delito de que no haya sido previamente acusado, ni aun haciéndose uso de la facultad otorgada por el art. 733; puesto que la ley se informa en el procedimiento acusatorio, y los términos de dicho artículo no consienten sea aplicado á la participación de los procesados en el delito.

Segundo caso. *Absolución del acusado por creer el Fiscal demostrada la existencia del delito, ó entender que los hechos procesales no lo constituyen.*—Tampoco procede el uso de la fórmula del art. 733, no obstante que algunos tribunales extendían la *tesis* al caso en que la parte acusadora, creyendo que los hechos

Digitized by Google

procesales no eran punibles, retiraban la acusación. Fundábanse para ello, en que, al ser propuesta la tesis, se discutía el delito que la Sala creía existir por medio de una tercera conclusión propuesta por el Presidente; y suponíase, además, que envolvía error, y error sustancial, la calificación Fiscal, no porque en lugar de un delito se calificase otro de menor entidad, sino precisamente porque se negaba de modo erróneo un delito evidente.

La doctrina del Supremo no permite ya tal distinción. Solicitada por el Fiscal, dice la sentencia de 13 de Enero de 1891, *Gaceta* de 8 de Marzo de 1892, en el acto del juicio la libre absolución, por no existir delito, y hecho uso por el Presidente de la fórmula del art. 733 de la ley de Procedimiento, no por ello puede dictar la Sala sentencia condenatoria: 1.°, porque faltó la acusación, y ésta es un término indispensable del juicio y base fundamental del mismo, dado el sistema acusatorio en que la ley se inspira; y 2.°, porque la fórmula del artículo 733, como limitación á dicho sistema, alcanza solamente al error manifiesto en la apreciación del hecho punible, pero nunca al de negación del mismo; doctrina que ya venía sustentando el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de Mayo de 1889 y otras muchas publicadas en las *Gacetas* de 1892.

Nosotros, ante tan respetable interpretación del art. 733 de la ley de Enjuiciamiento criminal, sólo desearíamos que se reformase el art. 142 de la ley de Enjuiciamiento criminal para cuando la acusación fuese retirada, ordenando el sobreseimiento inmediato en tal caso, porque ni se concibe entonces la acertada manera de redactar las sentencias con arreglo á dicho formulario, ni vemos necesidad de sentencia para la cual se otorguen tres días de término (1), ni, finalmente, adi-

(1) Así lo previene el art. 69 de la ley de 20 de Abril de 1888 para el procedimiento ante el Jurado; limitando el empleo de la tésis á lo referente á la calificación del delito, una vez conocido el veredicto.

Digitized by Google

vinamos cómo podrá evitarse aquello de que *un Tribunal llegue á absolver al acusado con la convicción de que es criminal, dejando que insulte con su presencia y aire de triunfo á la víctima y su familia, tan sólo porque el Ministerio público no supo ó no quiso calificar el delito con arreglo á las prescripciones del Código penal;* inspiradísimas frases que preceden al texto—siempre árido y propicio á diversas interpretaciones—de la ley de 14 de Septiembre de 1882.

PRIMITIVO GONZÁLEZ DEL ALBA.

Digitized by Google

CONSULTA

¿Es válido el testamento cerrado que otorgó antes de la promulgación del Código civil una persona que no sabía leer y escribir, habiendo muerto después de promulgado?

Doña N. N., que no sabía leer y escribir, encargó el día 6 de Abril de 1889 á su pariente D. F. que le redactara un testamento, en conformidad con las instrucciones que le dió, para instituir heredero y hacer mandas.

Una vez redactado el testamento, D. F. se lo entrega á Doña N. N., y ésta lo mete en un sobre, lo cierra y va á casa de un Notario del pueblo para que lo autorice como testamento cerrado; y así se hizo, cumpliendo todas las solemnidades externas relativas á las firmas de los testigos y al otorgamiento.

Muere Doña N. N. el día 25 de Agosto de 1892, y al abrirse el testamento antes citado, se creen perjudicados algunos de sus parientes, y tratan de entablar demanda pidiendo la nulidad del testamento, fundados en que la otorgante no sabía leer y escribir.

Hasta aquí los hechos.

Tres son en realidad los problemas de derecho que de este caso se desprenden:

1.º ¿Qué legislación es la que rige en la materia?

2.º Si rige la legislación anterior al Código civil, ¿será válido ó nulo este testamento?

3.º Si rige la legislación actual ó sea el Código civil, ¿cuál será la resolución de este caso?

Digitized by Google

I

¿Cuál será la legislación aplicable á este caso? Este es el problema principal y de más importancia que hay que resolver, pues además de ser nuevo, porque aun nada han dicho sobre esto los Tribunales de justicia, su importancia se deja ver en seguida al considerar que, según rija la legislación antigua ó la actual, así puede ser distinta la solución del problema que se ventila; veamos, pues, para resolverle, lo que disponen los textos legales.

La segunda de las disposiciones transitorias del actual Código civil, dice: «Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo á ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia, serán válidos los testamentos, aunque sean mancomunados los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubieran otorgado ó escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas *ad cautelam*, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación ó modificación de estos actos ó de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos, no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo.»

Desde luego se desprende de esta disposición, que el testamento cerrado que otorgó una persona que no sabía leer y escribir es válido ó nulo, según lo que disponga la legislación anterior al Código, pues claramente lo establece al decir: «Los actos y los contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo á ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas»; y á continuación, confirmando este aserto, dice: «En su consecuencia, *serán válidos* los testamentos

Digitized by Google

aunque sean mancomunados... *y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente.*»

No falta, sin embargo, quien sostenga la opinión contraria, invocando para ello la disposición transitoria 12.ª, que dice así: «Los derechos á la herencia del que hubiese fallecido, con testamento ó sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea ó no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto esto lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar á cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código.»

Pero esta disposición sólo trata del reparto del haber hereditario, pues explícitamente lo indica al decir: «...La herencia de los fallecidos después (de la promulgación del Código), sea ó no con testamento, se *adjudicará y repartirá* con arreglo al Código...»; y aun añade, como aclarando este concepto: «...Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiese dar á cada partícipe de la herencia lo que le corresponda según el Código.»

De todo lo expuesto se deduce que la legislación que debe regir en el presente caso para declarar válido ó nulo el testamento, es la legislación anterior á la promulgación del Código civil.

II

Si rige la legislación anterior al Código civil, como ya hemos demostrado que efectivamente así es, no están todos los comentaristas de acuerdo en la solución de este caso, pues mientras sostienen que es nulo este testamento Colón, Sánchez Llamas, Gutiérrez, García Goyena, Laserna, etc., etc., opinan por su validez Febreró, Escriche y otros; pero dejando á

Digitized by Google

un lado opiniones todas ellas autorizadísimas, pasemos á ver lo que dicen los textos legales.

El Fuero Juzgo, en su ley 11, tít. 5.º, libro 2.º, dice: «... ó si aquel que face la manda *no sabe escribir por su mano e diere otro omme que escriba por él*, ó que le sennale el escripto... cada una de estas cuatro maneras de facer mandas debe valer».

Las Partidas, en sus leyes 1.ª y 2.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª, dicen: Ley 1.ª: «... si el testador *non supiesse escribir* ó non podiese, *bien puede facer otro* (el testamento) por él»; y la 2.ª: «... debe él (testador) por su mano mesma escribir el testamento si sopiere escribir, *et si non, debe llamar á otro cualquisiere en quien se fíe e mandégalo escribir en su poridad.*»

De todas estas leyes se desprende que es válido el testamento otorgado por quien no sabe leer y escribir, pues efectivamente así lo manifiestan dichas leyes al decir que en tal caso puede encargar á otra persona que á su ruego le escriba su testamento.

La ley 3.ª de Toro, inserta en la ley 2.ª, tít. 18, libro 10 de la Nov. Rec., es en la que se fundan los comentaristas al principio citados para sostener la opinión de que este testamento debía ser nulo, por considerar que dicha ley deroga las anteriores; pero esto no es exacto, puesto que la ley 3.ª de Toro no trató de alterar la capacidad del testador, sino de la solemnidad del testamento cerrado, como hasta el epígrafe de la misma ley lo demuestra, al decir: «Solemnidad de los testamentos abierto, cerrado, y del ciego, y en los codicilos», y además que si hubiese tratado de derogar las leyes del Fuero Juzgo y de Partidas, lo hubiera dicho terminantemente, como así lo hacen las mismas leyes de Toro en otras ocasiones.

Confirma esta opinión la doctrina consignada, por lo menos, en dos sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, la una del 6 de Abril de 1877, y la otra del 7 de Marzo de 1888, en las que terminantemente se declara válido el testamento otorgado por una persona que no sabe leer y escribir, y se desestiman los recursos de casación por infracción de ley que las mo-

Digitized by Google

tivan, considerando que un testamento otorgado por quien no sabe leer y escribir no contradice la ley 3.ª de Toro, inserta en la ley 2.ª, tít. 18, libro 10 de la Nov. Rec.

III

Si rigiese la legislación vigente, como el Código civil en su art. 708 dice textualmente: «No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan ó no puedan leer», este caso quedaría clara y explícitamente resuelto por estar terminantemente especificado en la ley; pero ya hemos demostrado que no es ésta, sino la legislación antigua la que rige en el caso propuesto, y por lo tanto, es válido el testamento objeto de esta consulta.

LUIS DE ZAVALA Y ARELLANO.

Madrid 24 de Enero de 1893.

Digitized by Google

COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS DELITOS ELECTORALES

Entre las dudas que con frecuencia se presentan al aplicar las leyes, debemos mencionar, por la importancia que encierra, la relativa á la competencia del Tribunal llamado á conocer de los delitos electorales; duda que puede considerarse *póstuma*, como nacida después de la repetida aplicación al caso de la ley del Jurado, y que, por esto, por las circunstancias de su origen (1) y por su transcendencia, reviste excepcional importancia.

No presumo de poner la cuestión á su verdadera luz, ni me propongo tratarla ampliamente; y sólo aspiro á emitir los principales fundamentos de mi humilde opinión, esperando que alguna autoridad científica la apoye ó la combata, y que no ha de tardar la jurisprudencia en hacer la declaración oficial.

Porque no hay remedio: la ley ordena á los Tribunales que sobre el concepto que el hecho procesal haya merecido á las partes acusadoras, se determine la competencia del Tribunal de derecho, ó del Jurado, y esto forzosamente ha de hacerse al comunicar la causa á la defensa de los procesados. Supóngase que la calificación es de falsedad en documento electoral, ¿cuál es el Tribunal competente, el del Jurado ó el de derecho?

(1) La Fiscalía del Tribunal Supremo, resolviendo una consulta del Fiscal de la suprimida Audiencia de Santiago, en 5 de Abril del año próximo pasado, opina que los delitos de falsedad electoral son de la competencia del Jurado.

Digitized by Google

Las opiniones acaso hayan cambiado; pero hay que resolver sin dilación, porque ni la obscuridad, ni la insuficiencia, ni el silencio de la ley son más que un pretexto para no juzgar, según dice el art. 368 del Código penal, pretexto que se castiga en el Juez con la pena de suspensión. Y aquí viene al paso la amarga frase de un escritor ilustre: «se pretende que los legisladores sean dioses, y no se quiere conceder á los Jueces que sean simplemente hombres.»

Hay, pues, necesidad de interpretar el art. 4.º de la ley en que se establece el Juicio por jurados, única disposición que da lugar á la duda, como es la única en que se prefijan los delitos cuyo conocimiento habrá de ser sometido á ese juicio. Con el Código penal en una mano y aquella ley en la otra, vemos que todos los delitos que se enumeran en dicho artículo como de la competencia del Jurado, son delitos comunes, son los mismos determinados con los propios nombres y hasta por el orden rigorosamente igual que dicho Código establece.

«Falsificación de la firma ó estampilla Real, firmas de los Ministros, sellos y marcas.

»Falsificación de la moneda.

»Falsificación de billetes de Banco, documentos de crédito, papel sellado, sellos de Telégrafos y Correos y demás efectos timbrados cuya expendición esté reservada al Estado.

»Falsificación de documentos públicos oficiales y de comercio y de los despachos telegráficos.

»Falsificación de documentos privados.»

Aquí sólo se ven delitos comunes comprendidos en el Código; no hay ninguno especial, no se mencionan los electorales, que tienen un carácter *sui géneris*. Y si la ley hubiera querido incluirlos entre los que son de la competencia del Jurado, los hubiera expresado con su nombre, como lo hacía la de 1872 y como expresa todos los demás, con tanto mayor motivo, cuanto que son especiales, toda vez que no se hallan previstos en el Código penal.

A la publicación de la ley del Jurado regían en materia

Digitized by Google

electoral, para la sanción penal, las de 20 de Agosto de 1870 y 28 de Diciembre de 1878, en las cuales se castigaban como falsedad muchos actos y hasta omisiones á que técnicamente no convenía tal concepto, como, por ejemplo, atacar el secreto de la elección, alterar la hora y no publicar los edictos designando el local donde había de efectuarse. ¿Era posible que esos delitos y los demás calificados de falsedad por dichas leyes, se entendieran comprendidos entre los de falsificación, taxativamente señalados en el art. 4.º de la ley del Jurado? Y aun cabe preguntar: ¿qué sucedería si tales delitos se atribuyeran á funcionarios del orden administrativo, sometidos por precepto legal á un Tribunal de excepción? ¿Debe creerse que el del Jurado estaría, en tales casos, llamado á juzgar á un alcalde de capital de provincia, sin que la ley de antemano y terminantemente destruyera la excepción á favor del mismo establecida?

A estas y otras consideraciones de orden secundario se opone el siguiente razonamiento: cuando las palabras de una ley son generales, deben tomarse en toda su extensión, sin limitaciones arbitrarias, y así lo sancionaba la máxima de los jurisconsultos romanos: *Verba generalia, generaliter accipienda sunt*, de que deriva nuestro apotegma jurídico: «Donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir.» Es así que el art. 4.º de la del Jurado declara de la competencia de éste los delitos de falsificación de documentos: luego comprende los electorales, como todos los demás.

Entiendo que aquí se asienta una premisa inexacta. Las palabras de la ley no son generales, ni, por lo mismo, es aplicable la doctrina que se invoca. Los Jueces de derecho venían conociendo de todos los delitos que, por tener el carácter de comunes, les estaban atribuídos y se hallan penados en el Código vigente, ó en leyes especiales. Mas en 20 de Abril de 1888 se publicó la ley estableciendo el Juicio por jurados para *determinados delitos*, según dice el art. 1.º del Real decreto de la misma fecha; y esos delitos no son, ni pueden ser otros que los

Digitized by Google

expresa y limitativamente segregados de la jurisdicción que dichos Jueces ejercían. Todos los demás quedaron sujetos á ella. De modo que en realidad y por la sucesión de los hechos, la competencia del Tribunal de derecho es general; mientras que circunscrita á contados delitos la del Jurado, no puede extenderse más allá de donde permite el sentido llano y gramatical de los epígrafes del Código. Tanto es así, que precisamente por esa misma razón se ha convenido en que siguen sometidas al Tribunal de derecho las falsificaciones de cédulas de vecindad y de certificados.

También se invoca en apoyo de la competencia del Tribunal del Jurado el art. 101 de la de Sufragio universal, que declara que la jurisdicción ordinaria es la única competente para el conocimiento de los delitos electorales, cualquiera que sea el fuero de los responsables. Prescíndase de la fecha en que esa ley se publicó (26 de Junio de 1890), cuya circunstancia impide el que se invoque su texto con relación á los delitos anteriormente cometidos; prescíndase de que no es orgánica ni reguladora de la competencia, ni puede en buenos principios modificar el art. 4.° de la del Jurado. Pero, ¿es que intentó modificarle? Nada de eso. Lo que hace es declarar, en términos precisos, la competencia de la jurisdicción ordinaria contra todo otro fuero personal. Es decir, que dejó las cosas como estaban antes.

Si se aparta la atención de las palabras, y se busca la voluntad del legislador, bien ó mal servida por ellas, habrá de reconocerse que se dirige, como no puede menos, á obtener el bien público por medio de la justicia, cuyas condiciones son inherentes á toda ley que, como decía la Recopilada, debe resultar «convenible á la tierra y al tiempo, y honesta, derecha y provechosa.»

Aparte de las exigencias de la escuela radical que aspira á la sumisión de todos los delitos al conocimiento del Jurado, como se realiza en muy contadas naciones, varios sistemas podía emplear la ley para determinar la competencia de aquél:

Digitized by Google

tales son, el de tomar como regla invariable la cantidad de la pena señalada al delito, según se hizo entre nosotros en 1872; el de atender, no sólo á la cantidad de la pena, sino al orden de las jurisdicciones divididas en criminales y correccionales, como ha venido observándose en casi toda Europa, y el de tener en cuenta la naturaleza del delito, con abstracción de todo otro factor.

Entre la pena y la jurisdicción no hay relación alguna: la diferencia entre delitos y crímenes, entre delitos graves y menos graves, es puramente artificial. En cambio, si la individualización del delito es uno de los principios fundamentales del Jurado, y si el objeto primordial del procedimiento consiste en la investigación de la verdad relativa á ciertos hechos, parece racional y lógico que la competencia se determine por la naturaleza de esos mismos hechos, previamente definidos como delitos, y que sin dificultad pueden ser aquilatados por el sentido común. Así observamos que nuestra ley se abstuvo de sustraer del conocimiento del Tribunal de derecho: unos delitos, por altos motivos de orden social; otros, por su existencia convencional y mudable; otros, por ser propiamente técnicos; otros, por no hallarse aun bien comprendidos por la opinión pública, y otros—dígase con franqueza,—por ser muy peligroso el entregarlos al Jurado.

A esta clase pertenecen los electorales. Los Jueces de hecho hallaránse adornados, en general, de la aptitud, buen deseo é independencia que se necesitan para desempeñar la función social á que están llamados. Pero no se oculte lo que está en la conciencia de todo el mundo, esto es: que dar á los electores el derecho de juzgar los delitos electorales sería tanto como convertir al ciudadano en juez y parte de la contienda, que en muchos pueblos desgraciadamente se traduce en lucha eterna de persecución y de rencores. Creo firmemente que eso no puede ser, porque el legislador bien sabe que no era «convenible á la tierra y al tiempo».

El Sr. Ministro de Gracia y Justicia, en su discurso de aper-

Digitized by Google

tura de los Tribunales, lamentándose del abuso en el llamamiento de testigos, cita el caso ocurrido en una Audiencia de lo criminal, en donde la lista de los sorteables para el Jurado contenía 225 nombres, de los que 222 fueron incluídos en las relaciones de testigos, resultando que, hecha la recusación, sólo quedaron tres jurados disponibles. Y si las causas electorales fueran de la competencia del Jurado, ¿no pudiera suceder el caso análogo de que aquél no llegara á constituirse, por tener interés directo ó indirecto en la causa todos ó casi todos los sorteables? Cuando esto aconteciera, la recusación, que, según frase feliz del Sr. Maura, es en la historia judicial como la columna barométrica, que da idea de las garantías que á las partes han ofrecido los Jueces en todo tiempo, ¿qué confianza demostraría en la institución del Jurado?

Dejando á un lado la interpretación doctrinal, no es menester imitar al buen *frater Alphonsus*, á quien resucitó Mr. Dupin, y ponerse las alas de Icaro, para dar en seguida con la que está cerca de ser auténtica. Con efecto; el Sr. Alonso Martínez indicaba en el preámbulo de su proyecto, que los delitos electorales no podían ir al Jurado. En la discusión han sostenido lo mismo los individuos de la Comisión; y el Secretario, señor Díaz Moreu, decía sobre el particular: «En los partidos judiciales, cuando se trata de elecciones, unos y otros han de ser adversarios ó amigos de los candidatos, ó de los que hubiesen intervenido en la elección, y por lo tanto, el veredicto de un Jurado en estos casos podría ser parcial. Por esta razón declara el dictamen que la opinión está enferma, porque no tiene todavía concepto formado respecto de los delitos electorales, por creer que cuando entran en la apreciación de estos delitos las pasiones que quedan después de una lucha viva, como son de ordinario las electorales, el llevar al Jurado los delitos cometidos por los que han intervenido en la elección, era indudablemente un pensamiento arriesgado, que podría dar lugar á que *no se produjeran los saludables efectos que espera la Comisión y que esperan todos los que de buena fe defendemos el Jurado*». En

Digitized by Google

este párrafo aparece condensado el pensamiento de la Comisión.

Y, para terminar, puedo hacer la afirmación de haber leído muy buena parte de los comentaristas de la ley, los cuales, sin excepción, sostienen que á los Tribunales de derecho corresponde la competencia para conocer de los delitos electorales.

M. LASPRA.

Digitized by Google

PROCEDIMIENTO CIVIL DE ESPAÑA

ENSAYOS SOBRE SUS REFORMAS *

XLVII

DE LOS JUICIOS UNIVERSALES

Si se comprenden en esta clase de procedimientos los llamados juicios universales, separándose de la generalidad de los códigos que tratan las materias referentes á los mismos, ya en leyes independientes, como la quiebra ó concurrencia de créditos en general (1), ya en el Código de Comercio (2), ó hacen la distinción entre los juicios sucesorios y los de orden, que figuran cual si no tuvieran relación alguna entre sí, consiste en que, y sea cualquiera la exactitud de tal denominación, tienen una cosa común perfectamente aplicable á todos y cada uno de ellos: los abusos que la avaricia del curial y la mala fe han venido introduciendo, sin que bastaran á contenerlos ni

* Véanse las páginas 597 del tomo 76; 25, 244 y 550 del 77; 81, 138, 464 del 78; 569 del 79; 119 y 338 del 80 y 158 del 81.

(1) Las tienen países tan comerciales como Inglaterra, Suiza y Alemania, pero se aplican á toda clase de personas, sean ó no comerciantes, y en el último país se llama á este cuerpo legal *Konkursordnung*.

(2) Francia, y los que de ella copiaron, incluyen en el Código de Comercio todo lo referente á las quiebras, aunque luego en el de procedimiento sientan las disposiciones excepcionales del mercantil. Algunos pueblos, como Guatemala, y antes la República Argentina, conservan una ley de Enjuiciamiento para los negocios de comercio, siguiendo la nuestra de 1880, y aun Francia, Bélgica, el Luxemburgo, etc., hoy van variando al plantear sus leyes sobre *liquidación judicial*.

Digitized by Google

la jurisprudencia racional que pugnaba por abrirse camino cuando se había legislado poco sobre el particular, ni disposiciones emanadas de los poderes públicos con objeto de atender á las quejas producidas con rara unanimidad contra la lentitud de los procedimientos, especialmente en esta clase de juicios, sin que por virtud de las últimas reformas sea mucho mejor la situación de los comerciantes en las quiebras que la de los que no lo son en los concursos; así que antes de que los acreedores, muchas veces víctimas de una estafa, promuevan un concurso ó quiebra ó un juicio de testamentaría, aceptan, ya un convenio, en el que se conforman con un 5 ó un 10 por 100 de su crédito, cobrado á plazos, que nunca llegan á satisfacerse, ó ya renuncian por tiempo indefinido á una deuda legítima; y si alguno más díscolo (así se les llama) sale de esta regla de prudencia, buena le espera, porque el juicio termina con el caudal sujeto á los mismos, y en ese tono puede subirse lo que se quiera sin temor á exagerar la triste realidad.

Cuando el mal se significa con tanta intensidad en estos procedimientos, es que hay una razón para ello; quizá lo complejo de las cuestiones que han de resolverse y que afectan á la legislación civil en su integridad, y el crecido número de litigantes; pero, bien mirado, trátase aquí de un conjunto de formalidades y términos para que, con sujeción á aquéllas y éstos, se reparta entre varios, previa declaración de su derecho, la universalidad de bienes procedentes de uno solo, y por tanto, si hay conformidad entre los interesados, faltan los caracteres del juicio propiamente dicho, y la autoridad judicial nada tiene que hacer entonces. He ahí la primera reforma que se indica, aunque siempre buscando garantías que la sustituyan con ventaja para acreedores, deudor y masa, hoy en ese caos del todo desatendidos.

No obstante, convenía en la materia dejar al Gobierno la máxima libertad de acción, y así la Sección de reformas se limitó á indicar con mucha vaguedad los puntos capitalísimos en la

Digitized by Google

BASE 18.ª

«El orden de proceder en los juicios universales, además de armonizarse con lo prevenido en los Códigos civil y de Comercio, se regulará simplificando sus trámites, á fin de que se consiga su pronta terminación, utilizando cuanto sea posible las comparecencias verbales y las juntas de los interesados.

»Las cuestiones de cualquiera clase que se promuevan entre los interesados en estos juicios, se sustanciarán por el procedimiento sumario con las modificaciones oportunas.

»Para que no resulten desatendidos los derechos de los acreedores ausentes y desconocidos en los concursos, suspensiones de pagos y quiebras, se dará intervención en los mismos desde el primer momento al Ministerio fiscal, que ejercitará las acciones penales procedentes, no obstante cualquier convenio ó transacción que suspenda ó ponga término á la vía civil.

»La prevención ó intervención del caudal ó masa de bienes, no podrá acordarse, en cuanto á los juicios sucesorios hace referencia, transcurrido que sea el primer año del fallecimiento del causante. Pasado este plazo se respetará en la posesión al que la tenga, sin perjuicio del secuestro ó intervención que proceda según las circunstancias de las personas y de los bienes, como en los casos ordinarios.

»En vez de la aprobación judicial y cuando se exige este único trámite, se obtendrá la del consejo de familia de los menores, incapacitados ó ausentes que la motiven.»

El párrafo primero de la base contiene una explícita declaración, referente acaso más á los concursos de acreedores y quiebras, y en cuanto se relaciona con unas y otros, también á la suspensión de pagos; pero que no por eso puede decirse del todo ajena á los abintestatos y testamentarías.

Es indudable que la intervención demasiado activa de los Tribunales en esta clase de juicios produce el estado actual de

Digitized by Google

cosas por demás insostenible (1). En su virtud, trátase de evitarla, para lo cual puede optarse como más indicados por uno de los tres sistemas siguientes: 1.°, la designación de un Comisario, que puede ó no pertenecer al orden judicial, y caso negativo, que sea Abogado en ejercicio, comerciante, etc., facultándole para la práctica de la liquidación del activo y distribución del pasivo con sujeción á lo dispuesto por la ley (2); 2.°, encomendar esa misión á la junta de acreedores, que se reuniría al efecto cuando lo estimara conveniente (3); y 3.°, nombrar en primera junta un sindicato ó administración, del número y clase de personas que los acreedores elijan á su albedrío, que, como genuino representante de los mismos, practique extrajudicialmente todas las operaciones hasta que el procedimiento llegue á su término natural, salvo el derecho de oposición que puedan ejercitar los acreedores que se crean determinadamente perjudicados (4).

La introducción de nuevos organismos en el procedimiento contribuiría seguramente á complicarlo, y este sólo inconveniente bastaría para no aceptar el primer sistema: por otra parte, es imposible prescindir de que el reconocimiento, graduación y demás períodos en que pudieran subdividirse estas liquidaciones dejen de tener un carácter marcadamente judicial, porque esa administración oficial debería obrar bajo la inspección inmediata de los acreedores, ejercida en una ú otra

(1) Prevalece, sin embargo, en todas nuestras leyes, que como Italia copiara el sistema francés anterior á 1858; pues los resultados son tan evidentes que no es necesario repetirlos.

(2) Este cargo especial existe en Francia: en Inglaterra y Suiza también se conoce, aunque organizado en otra forma.

(3) En este sentido hubo algunas propuestas, que se tuvieron en cuenta al elaborar estos proyectos.

(4) La legislación moderna se inclina á este sistema, como la federal Suiza y otras, que no distinguen entre el concurso y la quiebra para los efectos procesales; pero tienen esa institución oficial de que hicimos mérito, la que se encarga de la administración al declararse al deudor en ese estado hasta que en la primera junta se provee á voluntad de los acreedores.

Digitized by Google

forma, y de las disidencias que surgiesen necesariamente habría de conocer el Juez, al que en vano la ley trataría de excluir. La reforma tiene por objeto principal el omitir en los negocios de la tutela oficiosa respecto á personas en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, que pueden en su virtud disponer de sus intereses como les plazca: ¿por qué va imponérseles, sin contar con su voluntad, la intervención de un intermediario, rueda inútil de la que desearía prescindir? La ley en la materia debe limitarse á interpretar en sus preceptos la voluntad presunta de los acreedores ó herederos, que para el caso pueden equipararse, únicos interesados, ya que el deudor se estima como cesionario de sus bienes, y de todas suertes resultando constantemente el pasivo mayor que el activo, porque en caso contrario apenas se comprende el que llegara esta situación, poco la importa todo lo referente á la administración y liquidación de un caudal del que nada ha de percibir.

Encomendar á la junta plena de acreedores los juicios universales de que se trata y sus incidencias, podría ser lo más arreglado á la justicia estricta; pero envuelve también complicación por las dificultades y el costo que suponen las frecuentes convocatorias, y luego la imposibilidad de entenderse y aun de deliberar sobre tanto detalle como tienen esos complejos procedimientos. Además vendríamos por la fuerza de las circunstancias á parar á lo vigente, es decir, á la ingerencia oficiosa de la autoridad judicial, que se impondría como garantía de la marcha regular del juicio: un sistema mixto, en una palabra, que tendría los inconvenientes del actual y del opuesto.

El más sencillo, el que por consiguiente respondería quizá mejor á las exigencias de la práctica, es el tercer sistema: reconocido el derecho de los herederos ó acreedores á disponer de sus cosas de la manera que tengan por conveniente, dueños absolutos del activo de la testamentaría, concurso ó quiebra, aparte de las reclamaciones de terceros que han de tramitarse como las demás, en la imposibilidad de que prevalezca la vo-

Digitized by Google

luntad individual en los choques de intereses encontrados, ¿por qué no encomendar á un sindicato ó administración, salido ó no de su seno, esas difíciles funciones? La centralización parece imponerse en este punto para que con el vigor necesario se lleve adelante el procedimiento y se consiga el propósito á que al principio hacíamos referencia, salvando toda clase de obstáculos. La administración con amplitud de facultades, bajo su responsabilidad personal, decidirá sobre todas las reclamaciones que afecten ó tengan relación directa ó indirecta con la masa; pero si alguno entiende que con ellas ha sido lesionado su derecho, ya tendrá medio de acudir ante los Tribunales que resolverán con completa independencia de la marcha del proceso principal, que seguirá su curso hasta la distribución inclusive del activo, reservando únicamente las cosas ó cantidades sobre que se haya movido controversia para darles en su día aplicación, de acuerdo con lo que se resuelva en la sentencia. Nada más ha de quedar pendiente que lo que sea materia litigiosa, y esto constituirá la menor parte, y como respecto á la mayor falta contención, ¿por qué paralizar el curso del juicio universal, cual si se tratara de la totalidad del mismo? Pero estos argumentos no podían hacer olvidar que el último sistema pugnaría demasiado con los hábitos de nuestro foro, y en esta consideración la base acoge el segundo con la menor cantidad de intervención judicial, á la que sustituirán en los juicios sobre concurrencia de créditos, las juntas de los interesados; en los sucesorios y trámites ajenos á toda contención, el notario ó consejo de familia, y en todos se resolverán las cuestiones que surjan por medio de comparecencias, y, ya que es preciso, llevar también á esta materia el sistema de la oralidad.

Hasta se llegaría al arbitraje forzoso, no obstante lo anticientífico del medio, por la implícita confesión de impotencia de la Autoridad judicial, si no se excogitara otro más eficaz de poner término á estos escandalosos procesos.

Extiende el apartado segundo de la base á todos estos jui-

Digitized by Google

cios una norma hasta ahora propia y peculiar, ó al menos más generalizada en los mercantiles (1), que tienen necesidad absoluta de formas sencillas y rápidas: se introduce una excepción de importancia á la regla general que sienta el art. 483 de la ley de Enjuiciamiento civil, y en su virtud no se decidirán en juicio de mayor cuantía las demandas cuyo interés exceda de

---

(1) «Por quanto en dicho Consulado deben determinarse los pleytos y diferencias de entre las partes, *breve* y *sumariamente*» (núm. VI, cap. 1.°, Ord. de Bilbao). La ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830, como Guatemala, por ejemplo, también con código especial, completa sobre el particular, no tenía para qué establecer excepción alguna, puesto que regula el procedimiento en su totalidad: no debe omitirse que con justicia ha merecido severas censuras por el notorio retroceso en relación á las Ordenanzas de los Consulados. Tampoco las disposiciones de 1868 y 1881, refundiendo el Enjuiciamiento mercantil en el común, dijeron nada sobre el particular, olvidando quizá que desaparecería el motivo de la omisión en dicha ley de 1830, y que con ello constituíamos una excepción en Europa, Cierto que tampoco Francia admite un precepto terminante en la materia; pero los artículos 414-442, contienen excepciones en favor de los asuntos mercantiles en el sentido de una gran simplificación no alcanzada entre nosotros, ni aun bajo el sistema de 1830; igual método que la legislación francesa siguió la italiana, y antes las especiales de los antiguos Estados, como la napolitana, aunque incluyendo las disposiciones en el Código de Comercio (artículos 619-654). En cambio, Holanda (art. 299), el Reglamento Gregoriano (§ 941, que estableció como norma el procedimiento verbal), etc., adoptan el sistema del proyecto. Si descendemos al examen detallado de las reglas que se siguen en los concursos, la reforma francesa de 1858, art. 761, establece el mismo principio que la base; la Ordenanza alemana sobre concursos y quiebras (§ 66), autoriza la decisión de las cuestiones que surjan sin discusión oral, y no podía hacerse otra cosa, pues en la elaboración del Código de procedimiento civil prevaleció la oralidad y unidad, teniendo en cuenta que ya la ley prusiana de 1846 había dado un gran paso en la vía de la simplificación de las formas rituarias, admitiendo como regla general el procedimiento sumario; y por último, el Código de Comercio porque se rigen los Tribunales mixtos en Egipto, en sus artículos 307 y 308, dicta sabias reglas prescribiendo la urgencia, y que, á ser posible, una sola decisión comprenda cuantas discusiones se promuevan sobre los créditos presentados á una quiebra.

Digitized by Google

3.000 pesetas, ó sea inestimable, etc., cuando se produzcan en los concursos abintestatos, testamentarías y quiebras, y surjan entre los que sean parte en los mismos, sino que se adopta el procedimiento sumario, único modelo aplicable á los incidentes. En aras de la brevedad, se prescinde de solemnidades que hoy hacen interminables esas actuaciones, medida que afecta por igual á todos los interesados, y cuyo derecho, por tanto, nunca podrá decirse vulnerado: en cambio los extraños que se vean precisados á litigar con la representación de la herencia ó caudal, conservan todas las garantías procesales como en los casos ordinarios, y nada de todas suertes exigía esa modificación. En efecto, sea cualquiera la transcendencia de la cuestión suscitada por un tercero, ha de referirse á cosa ó día determinado, que figurará condicionalmente en el inventario, y se adjudicará de la misma manera y de modo que, sin alterar las operaciones practicadas, pueda, en todo caso, cumplirse la ejecutoria que recaiga; de ahí el que, en el fondo, dichas contestaciones en nada perturban esa serie de diligencias constitutivas del juicio universal, cuyo objeto se llenará, siquiera disminuya ó crezca la porción que se adjudique á cada partícipe. Ahora, cuando la misma procedencia del juicio, la realización del caudal, la norma á que ha de sujetarse la distribución, etc., son objeto de controversia, urge aclarar esos puntos, pues mientras tanto, no hay posibilidad de que la testamentaría, concurso ó quiebra sigan adelante, y no se concibe medida más costosa y que mayores perjuicios traiga, excepto para el curial, único beneficiado en este verdadero caos rituario, como queda demostrado anteriormente.

El párrafo tercero refiérese más especialmente al procedimiento adoptado en nuestro derecho cuando un deudor se ve en la imposibilidad de pagar á sus acreedores, siendo éstos varios y produciéndose la concurrencia de los mismos con idéntico propósito, el de hacer efectivos sus créditos. Quizá se califique en este punto la base de diminuta; pero con objeto de que en su día tengan más libertad de acción las Comisiones

Digitized by Google

codificadoras (1) que han de desarrollarla, y puedan elegir de los sistemas expuestos ó de cualquier otro, el más adecuado, y ya que no habían sido oídas al redactarlas, se expusieron aquellos principios cardinales, que en rigor suponen muy poca limitación para aquéllas.

La novedad establecida en el Código de Comercio de 1885, al separar las suspensiones de pagos de las quiebras propiamente dichas, sin duda por falta de desarrollo en la ley procesal, y quizá por el laconismo de los preceptos, no dió el resultado apetecido, antes al contrario, agravó considerablemente los males que se sentían, en términos que hoy ningún comerciante se declara en estado de quiebra, pero sí en el de suspensión de pagos, tramitándose además este período del procedimiento con sujeción á lo establecido para la quita y espera en el concurso de acreedores; cuanto se diga en contra de la lentitud y artificios de que dispone el deudor de mala fe, sería pálido al lado de la realidad, expresada con harta elocuencia por las Cámaras y otras corporaciones mercantiles.

Tiende, pues, la base á convertirlos en una liquidación judicial, conocida ya en otros países, siquiera haya de advertirse una novedad que se introduce, sin precedentes seguramente, pero muy de acuerdo con lo exigido por nuestro carácter especial, enemigo en demasía de acudir á los Tribunales para el amparo de sus derechos sino en casos extremos, y entonces no por esa obligación de tomar parte en la lucha de que nos habla Ihering, constitutiva aun en otros pueblos más adelantados de un mito, y sí en la mejora probable de la situación económica; más claro, obedeciendo á principios de la tan censurada escuela de Jeremías Bentham. Nos referimos á la presencia en estos procesos del Ministerio fiscal, que en vez de las administraciones públicas que en otros países suplen la acción de los síndicos, intervendrá de una manera activa, sin que pueda paralizarse su gestión con cuestiones prejudiciales que deba re-

(1) La general y la especial revisora del Código de Comercio.

Digitized by Google

solver la jurisdicción civil, cuando desde luego aparezcan indicios de la existencia de un delito. La unidad y universalidad del juicio no deben perjudicarse por esto, ya que ni el proceso criminal ni su resultado han de influir en lo que se relaciona con los bienes, su distribución, etc., sobre lo que ha de continuar decidiendo con plena competencia el Juez de lo civil, aparte de que el interés supremo de la sociedad exige que, ante todo, no queden impunes los actos, sin duda alguna comprendidos dentro de la sanción del Código penal, porque así convenga al interés de uno ó más acreedores.

También se da intervención al Ministerio fiscal para evitar, no sólo que continúen los fraudes que á la sombra del procedimiento vigente se cometen, sino también con el propósito de que, representando sin cortapisas los intereses de los acreedores ausentes, pueda llegarse más fácilmente á un convenio estable.

Por lo demás, claro está que al redactar el articulado hubieron de reproducirse las disposiciones del procedimiento que figuraban en el Código de 1829, modificándolas en el sentido ya indicado de que constituya regla sin excepción, que en materia mercantil la sustanciación sea siempre sumaria, esto es, la de los incidentes ó de menor cuantía, según los casos y aun con reducción de términos, y la máxima simplificación de acuerdo con el sistema más adelantado en la materia, aunque sin desatender el objeto principal de la misma; y, en una palabra, se armonizarán los intereses de los acreedores y del deudor con medidas que tiendan á evitar los siniestros mercantiles, en que para los unos y el otro, y no pocas para las dos partes, se convierte el juicio universal de que se trata.

Exclusivos de los juicios sucesorios, los dos párrafos últimos revisten excepcional importancia, y es que si todos los ciudadanos tuvieren la suficiente previsión para evitar las funestas consecuencias que produce el fallecimiento intestado ó bajo una última disposición incompleta ó deficiente; si se hiciera más uso de las sustituciones al mismo objeto; si al

Digitized by Google

ausentarse se dejara poder á cualquiera persona de confianza, extensivo á todas las eventualidades, apenas se concibiría la existencia de los juicios ó procedimientos (porque realmente falta la contención y acaso con impropiedad vienen figurando en esa parte de las leyes de enjuiciar) que motiva la apertura de una sucesión. Pero por lo mismo qué con frecuencia se ven casos de negligencia ó abandono, incomprensibles unas veces y otras, porque ni todo el celo de un padre ilustrado basta á precaver ciertos accidentes, ello es que los expedientes sucesorios figuran en no escaso número en la estadística judicial y constituyen poderoso recurso, que la curia explota á mansalva, dado que no puede nadie eludirlos, como ocurre con los demás juicios; son desgracias inevitables que sobrevienen á consecuencia de otra mayor: la pérdida de un ser querido.

Por lo mismo, aunque el legislador no debe perder nunca su objetivo allí donde tenga que dictar una regla procesal, ¿que sucederá cuando impone al ciudadano la obligación de comparecer ante los Jueces y Tribunales para verse envuelto en un pleito ó expediente, y no así como se quiera, sino el más complicado que registran nuestros códigos? De ahí resulta, aun puesto en parangón con los congéneres de la base, no les vaya á la zaga; mas al cabo ofrecen menores dificultades, porque en ellos la reducción á metálico ó liquidación del activo facilita notablemente la distribución, y en cambio tenemos el período largo y laborioso de las operaciones particionales de las testamentarías. En ninguna parte del procedimiento la causa del desdichado litigante es mejor, y á su exclusiva defensa deben encaminarse las disposiciones que se dicten en cuanto al particular.

No es lícito dudar que esos son los propósitos de los códigos, y que tienden indudablemente á asegurar la material existencia de los bienes muebles y documentos pertenecientes á una sucesión; á dictar reglas fáciles y expeditas para hacer constar la cantidad, la calidad y su valor; á prevenir la distracción de los bienes hereditarios, sobre todo cuando haya

Digitized by Google

interesados incapaces ó la herencia permanezca yacente; á facilitar la solución de las cuestiones que surgen, efecto de los varios y múltiples intereses sometidos á un solo procedimiento, y, por último, á hacer una equitativa distribución, todo con la mayor economía de gastos y molestias. Pero ¿se ha conseguido esto entre nosotros? De ningún modo, y eso que nadie puso en duda la existencia del mal, y sirva de ejemplo la base 9.ª de la ley de 21 de Junio de 1880: «Simplificar los trámites de los abintestatos y testamentarías; limitando las medidas de precaución en este juicio á los casos en que se promueve dentro de un corto plazo después del fallecimiento del testador, reservándole únicamente para cuando éste no haya dispuesto lo contrario ó existan razones legales que le hagan indispensable, y facilitar la acción de los administradores, estableciendo reglas sencillas para la gestión del haber hereditario». Y no podía suceder otra cosa: testamentarías con más de cincuenta años de existencia, y en las que se necesitarían carros para trasladar los *ramos* de autos, en las que los pertenecientes á la tasación y pago de costas ocupan millares de fólios; otras que, á los treinta años ó más de su incoación, llega por fin la época de la avenencia, y los herederos de los que la promovieran se reparten un resto líquido de 11.000 pesetas, cuando el capital inventariado ascendía á más de 500.000, son el vivo ejemplo de lo que pasaba anteriormente; y no se ha adelantado gran cosa con la reforma, que, si bien disminuyó el número de estos juicios, los que por necesidad subsisten duran años y años; en fin, mientras haya un partícipe verdadero mal avenido con sus intereses y los de la herencia, ó uno postizo, traído *ad hoc* por abogados desacreditados, y de aquélla puedan ir sacándose periódicamente fondos con que atender al pago de costas. Limitar la acción judicial á lo más indispensable; procurar que en la primera junta, después que se nombre administrador con amplitud de facultades para que decida por sí mismo la adopción de aquellas medidas que no revistan extraordinario carácter de gravedad, se designen con-

Digitized by Google

tadores que, como árbitros, decidan todas cuestiones, sin perjuicio del derecho de acudir á los Tribunales cuando se pongan las operaciones de manifiesto para su aprobación, salvo cuando haya consejo de familia, porque entonces este tribunal familiar será el que intervenga, como luego se verá, y no dar margen á los juicios de agravios, sobre los que debe resolverse en la sentencia única que ha de recaer, serán también puntos de los más culminantes de la reforma, aunque nada se diga de una manera explícita.

Alguna otra indicación hará seguramente la ley; el interés público, por ejemplo, exige que se evite la desaparición de cosas no hereditarias cuando el causante fuera parsona encargada de tener en depósito fondos ó valores pertenecientes al Estado, la Provincia ó el Municipio, ó á un establecimiento con carácter público; de ahí otro caso de prevención ó intervención, si bien limitada á las cosas objeto del cargo (1), pues las restantes quedarán desde luego á disposición de los herederos. Además, con esto se ponen en armonía las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento con los intereses de la Hacienda.

En el juicio voluntario de testamentaría prohibe la ley la intervención del caudal, cuando se solicite después de treinta días de la muerte del testador, ó de haberse tenido noticia de su fallecimiento (2): la reforma establece la limitación con carácter general á los juicios sucesorios de cualquiera clase que sean y la extiende á la prevención, para que en ningún caso, y quizá obedeciendo á enemistades que surjan en las familias, transcurridos varios años puedan promoverse llevando como secuela esas medidas vejatorias, para cuyo cumplimiento se presentan obstáculos insuperables, ya que habrían de retrotraerse las cosas al ser y estado que tenian al fallecimiento del causante, perturbando sin éxito al tranquilo poseedor de las cosas hereditarias: además se concretará el alcance de la palabra *recien-*

(1) Italia, art. 869, núm. 3.°

(2) Art. 1062.

Digitized by Google

te, que usa el núm. 1.º del art. 960 de la ley en vigor. No obstará la disposición á lo que se establece al tratar del procedimiento sumarísimo, especialmente en cuanto al secuestro ó aseguramiento de los bienes litigiosos, que podrá pedirse y ser estimado siempre que corresponda como en los demás casos ordinarios.

Nadie está obligado á poseer en comunidad bienes determinados, y por tanto, tampoco los de la herencia: de ahí el que cuando la división ó partición no pueda hacerse amigablemente ó por cualquier concepto deba intervenir la autoridad judicial, haya de practicarse en la forma que previene la ley: y como tales operaciones son las más delicadas y complejas del juicio, se necesitan reglas tuitivas de los múltiples intereses que en ellas se encuentran comprendidos.

Parte la base de la existencia de los Contadores, que se prefiere á la del Notario, que en concepto de delegado y representante de la Autoridad judicial interviene en otros paises (1), porque resultan aquéllos más económicos, ya que en la generalidad de los casos prescindirán de la elección de peritos, pudiendo por sí mismos practicar el avalúo y demás diligencias que aconsejan la presencia de éstos, y hay menos cantidad de intervención judicial, y luego que, revistiendo el carácter de árbitros que les da la elección de los interesados, decidirán todas las cuestiones incidentales que surjan en el curso de las operaciones sin necesidad de dar cuenta al Juez ó Tribunal para que resuelva en ramo separado. Cuantas reclamaciones y agravios puedan existir y se invoquen en el período correspondiente, habrán de resolverse por la sentencia que aprueba con ó sin modificaciones el proyecto de los Contadores.

Con el deseo de simplificar estos voluminosos procesos hasta donde sea posible, se fijan los casos en que cabe prescindir de la aprobación judicial, no obstante el juicio promovido y desaparece en los expedientes de esa clase que de ordinario la moti-

(1) Italia, art. 887.

Digitized by Google

van, siempre que la partición requiera ese requisito, sólo porque uno de los herederos, acaso en parte mínima, sea menor ó incapacitado, la acción del Consejo de familia suplirá con ventaja á la judicial: velando más eficazmente por los intereses del que está bajo su especialísima protección. Esta nueva facultad es una consecuencia lógica de las que concede al Consejo el artículo 269, en sus números 5.°, 7.° y 12, del Código civil; y lejos de significar extensión, antes al contrario, encierran aquéllos otras más graves, en la que puede sin violencia alguna considerarse incluída la de que se trata. Evitará también la disposición el que por un accidente tan insignificante hayan de soportar los interesados en el pleno ejercicio de sus derechos civiles gastos y molestias de consideración, cuando aquél no les es imputable en manera alguna ó que se cometiera la injusticia de que recaigan exclusivamente sobre el incapacitado, al cual basta el desgraciado estado en que esa circunstancia le coloca.

La amplitud que va teniendo este Ensayo, impide reproducir íntegramente las disposiciones articuladas que se formularon; pero se comprenderá su alcance y extensión con insertar un fragmento tomado al acaso de cada uno de los dos títulos en que se ha dividido la materia.

(Continuará.)

VÍCTOR COVIÁN

Digitized by Google

CRÓNICA

El Manicomio judicial de Montelupo.—En las cercanías de Florencia, en el antiguo castillo de la *Ambrogiana,* perteneciente á la casa de Médicis, se halla instalado uno de esos establecimientos, mitad cárcel y mitad manicomio, con que la ciencia moderna quiere resolver el problema, por otro modo muchas veces insoluble, del discernimiento entre la criminalidad y la locura, recluyendo en ellos á los locos criminales y á los criminales locos, que no estarían bien en el presidio por lo que tienen de locos, ni en el manicomio común por lo que tienen de criminales.

La situación del establecimiento responde perfectamente á las exigencias de la higiene, satisfaciendo las condiciones de salubridad, clima, posición amena, proximidad de un gran centro de población, aislamiento completo de todo caserío, facilidad y comodidad para el transporte de los enfermos, todo lo cual, además de hacer aquel sitio apto para el uso á que se le destina, contribuye, en gran parte, al mejoramiento físico y al alivio moral de los enfermos que, por su desequilibrio mental, tienen que ser allí recluidos por más ó menos tiempo.

No menos satisfactorias y apropiadas á su fin son las condiciones internas del establecimiento, que responden á todo lo que requieren las reglas de una buena higiene de manicomios. Las varias secciones, separadas unas de otras por suficiente extensión de terreno, impiden una excesiva aglomeración de enfermos en un mismo lugar y una sobrado fácil comunicacion entre condenados locos é individuos en observación. Amplios paseos, convenientemente dispuestos contra los grandes fríos y los grandes calores, permiten que la mayor parte de los reclusos puedan estar al aire libre, pero separados según la pena, la índole de la enfermedad, el estado de tranquilidad ó agitación. El

Digitized by Google

ambiente en que viven los enfermos, las celdas en que se recogen por la noche, los locales destinados para los que sufren enfermedades accidentales, los refectorios, son espaciosos, altos, ricos de aire y de luz.

El Manicomio judicial encuéntrase establecido en dos construcciones distintas, perfectamente aisladas, á la distancia de 140 metros entre sí, lo cual permite una separación completa y absoluta entre la sección penal y la judicial.

Para la sección penal se han utilizado las antiguas caballerizas del castillo, vasto y grandioso edificio que presenta las condiciones más deseables de seguridad y salubridad, y una felicísima distribución de locales. Los dos pisos de que consta están divididos por una espaciosa crujía en forma de cruz, en cuatro compartimentos, cada uno de los cuales comprende habitaciones de seis y de cuatro personas, y una serie de dos y de una solamente.

Estos ocho compartimentos sirven, no sólo para la subdivisión y fraccionamiento de los enfermos, según la índole de la enfermedad mental que padecen, sino también para evitar que se confundan las diversas categorías de condenados que, á diferencia de los otros establecimientos penales, se encuentran allí reunidos, sea cualquiera la pena en que hayan incurrido.

Los cuatro ó seis individuos que se encuentran reunidos en cada una de las habitaciones, no permanecen en ellas sino durante la noche, porque por el día van á los talleres, ó á trabajar al aire libre, ó á los patios y paseos cubiertos, según la estación. Aquellos que por la índole especial de su enfermedad tienen que permanecer encerrados mucho tiempo, son destinados á habitaciones espaciosas.

Y como la gente que vive en un manicomio no necesita sólo dormir, sino también moverse, trabajar, comer, pasear y aun entretenerse socialmente, aunque no sea más que con la mira de la curación, para todo esto se destinan locales apropiados, espaciosos y bien aireados. Hay, además, enfermería, sala de baños, farmacia, etc., etc.

La otra parte del manicomio, que consta también de dos pisos, contiene veintiséis habitaciones en una sola fila, por lo cual se presta á la práctica del sistema celular más completo, como es indispensable en interés de la justicia inquisitiva, y reune también las mejores condiciones higiénicas. En el piso bajo están colocados los locos procesados, agitados ó furiosos, y en el superior los tranquilos. También

Digitized by Google

aquí hay enfermería y sala de baños, con los aparatos necesarios para la cura hidroterápica.

El gobierno del establecimiento está confiado á dos directores independientes, uno administrativo y otro sanitario, con el personal subalterno necesario para el cumplimiento de sus funciones.

La enfermedad que prevalece es la epilepsia en sus varias modalidades y manifestaciones, y después son dignas de notar las frenosis melancólicas, pero en conjunto, son formas tranquilas. Sea por esto, sea por el destino principal del establecimiento, al visitador le impresiona más el carácter de cárcel que no el de manicomio que presenta.

Tal es, descripta á grandes rasgos, una de esas instituciones, transición entre la cárcel y el manicomio, que con tanto ahinco reclaman frenópatas, antropólogos y criminalistas, y que estuvieron en España á punto de ser creadas, por virtud de un proyecto de ley presentado por el Ministro de Gracia y Justicia en la anterior etapa de mando del partido liberal, y que, discutido y aprobado en la Alta Cámara, no obtuvo la misma suerte en el Congreso por la caída del Gabinete que lo patrocinaba.

***

El hipnotismo y la ley.—Mientras las escuelas y los escritores de hipnologia siguen discutiendo acaloradamente acerca de si el hipnotismo es ó no peligroso, y acerca de si deben permitirse ó prohibirse los espectáculos públicos en que se exhiben hipnotizados más ó menos auténticos y se les hacen ejecutar, en medio de las risotadas y la chacota de un concurso, en su mayoría ignorante, las sugestiones más grotescas y violentas, casi todos los países van tomado medidas contra ese género de funciones y contra el abuso de los fenómenos hipnóticos por parte de cierto género de vividores que han hecho de ellos su profesión, explotándolos de una ú otra manera.

Italia primero, movida principalmente por la iniciativa de Lombroso, algunos departamentos franceses después, y últimamente Bélgica, han prohibido los espectáculos públicos de hipnotismo y han dictado otras disposiciones regulando su ejercicio, de acuerdo con los deseos expresados por el Congreso internacional de hipnotismo celebrado en París en Agosto de 1889, en el cual se convino en que se deben prohibir las sesiones públicas de hipnotismo; en que su práctica, como medio curativo, debe someterse á las leyes y á los reglamentos que

Digitized by Google

regulan el ejercicio de la medicina, y en que debe introducirse en el estudio de las ciencias médicas el estudio del hipnotismo y de sus aplicaciones terapéuticas.

En Bélgica se ha opuesto tenazmente á la aprobación del proyecto de ley relativo á la materia presentado á la Cámara de los Representantes, el profesor de la Universidad de Lieja, Delboeuf, muy conocido en el mundo científico y filosófico, principalmente por sus trabajos de psico-física, y uno de los que, sin ser médicos, se han dedicado con más decisión y entusiasmo al estudio del hipnotismo, y aun á practicarlo con fines terapéuticos; pero de nada han servido sus cartas en los periódicos, sus folletos, sus invocaciones á la libertad, sus diatribas contra Lombroso, sus demostraciones de la inocuidad del hipnotismo y de la ignorancia en que están respecto de él muchos médicos, pues á pesar de todos los esfuerzos del notable hipnotizador y psicólogo, las Cámaras belgas han aprobado y el Rey sancionado la ley de 30 de Mayo de 1892, en la cual se dispone: 1.º, que quien presente en espectáculo una persona hipnotizada por él ó por otro, será castigado con cárcel de quince días á seis meses y multa de 26 á 1.000 pesetas; 2.º, que se castigará con cárcel de quince días á un año y con multa de 26 á 1.000 pesetas á quien, sin ser doctor en medicina ó estar autorizado gubernativamente, hipnotice á una persona que no haya cumplido aún veintiún años ó que no esté sana de mente; 3.º, que se castigará con reclusión á quien, con intención dolosa ó propósito de dañar, haga escribir ó firmar á persona hipnotizada un acta ó un documento que contenga un contrato, disposiciones, una obligación, una liberalidad ó una declaración, y á quien use de ese acto ó documento; y 4.º, que las disposiciones del Código penal relativas á la complicidad y á las circunstancias atenuantes serán aplicables á las infracciones previstas en esta ley.

***

Responsabilidad del médico en un caso de envenenamiento.—En España son muy raros los procesos seguidos contra los médicos por delitos perpetrados en el ejercicio de su profesión; pero no sucede lo mismo en el extranjero, y vamos á dar cuenta de uno incoado en Francia no ha mucho tiempo por un envenenamiento producido con el nitrato de aconitina:

En Saint-Etienne (Loire), el Dr. G. formuló á la señora Girodet,

Digitized by Google

que padecía atrozmente con una neuralgia facial, la siguiente prescripción: *Nitrato de aconitina, 15 milígramos; agua, 120 gramos. De cuatro á seis cucharadas de café al día.* Después recomendó *de palabra* á la enferma que tomara una cucharada cada cuatro horas, no acelerando la dosis sino á condición expresa de detenerse cuando se presentara el primer accidente de los que le enumeró.

Apenas había tomado la enferma la segunda cucharada, los accidentes se presentaron, sin embargo de lo cual tomó la tercera, declarándose entonces graves síntomas de intoxicación, que no tardaron en producirle la muerte.

Formóse proceso al Dr. G., al cual se acusaba de haber cometido una grave imprudencia: 1.º, prescribiendo un intervalo de cuatro en cuatro horas; 2.º, autorizando verbalmente á la enferma para traspasar este intervalo, sin conocer el temperamento de la cliente, á quien veía por vez primera, y sin haberse cerciorado de la tolerancia que la enferma podría presentar á un remedio tan tóxico; 3.º, no vigilando personalmente los efectos del veneno.

Hubo necesidad de pedir dictamen á peritos para apreciar lo fundado ó infundado de las acusaciones, puesto que se trataba de un problema puramente técnico, y se sometió la cuestión á los profesores Brouardel, Crolas y Lépine, formulándoles las siguientes preguntas: 1.ª, ¿cuál es el grado de *nocividad* exacto y relativo del nitrato de aconitina cristalizado y del nitrato de aconitina amorfo?; 2.ª, ¿cuál es el límite exacto, pasado el cual la administración del nitrato de aconitina se hace peligrosa?; 3.ª, la falta de indicación, en la receta sometida á proceso, del plazo y de los intervalos en los cuales debía tomarse el medicamento prescrito, ¿constituye imprudencia?

Los tres peritos mencionados contestaron á la primera pregunta, que es sabido que la aconitina cristalizada es mucho más tóxica que la amorfa; pero que no se trataba de esto en aquel caso, porque el Dr. G., al formular su prescripción, había pensado sin duda en el nitrato de aconitina *cristalizado,* que fué también lo que vendió el boticario. Lo que importaba era hacer constar exactamente la procedencia de la aconitina cristalizada, porque este producto no es *idéntico á sí mismo* y su *toxididad* varía según de donde se ha extraído. Sobre este extremo se pudo hacer constar que la aconitina no procedía de la fábrica de Duquesnel, sino de la farmacia central de Francia y de un origen desconocido; y ensayados sus efectos, resultó que era

Digitized by Google

muy tóxica, más tóxica que la aconitina de Duquesnel y de una *toxidi-dad especial para el corazón.*

Respecto de la segunda pregunta, los peritos dijeron que es muy difícil responder á ella con precisión; pero que si se consulta á los autores más importantes y que gozan con justo título de una autoridad indiscutible, se ve que prescriben el nitrato de aconitina cristalizado en dosis de 2 ó 3 milígramos, y que algunos, como Gubler, llegan á 4 milígramos, siendo de observar que el *margen,* á veces bastante grande, que en ciertos medicamentos separa la dosis *máxima* de la *peligrosa,* no existe en el nitrato de aconitina, por manera que su acción tóxica se muestra á una dosis poco superior á la que es necesaria para obtener una acción curativa. Y lo que aumenta todavía su peligro es que la dosis en que se hace peligroso varía mucho según los sujetos, estando autorizado el médico, cuando éstos están en buenas condiciones de nutrición y su orina no contiene albúmina, para suponer la tolerancia máxima, aunque haya excepciones que no es posible prever, susceptibilidades particulares qne es imposible adivinar, como ocurría sin duda en la víctima del caso de que tratamos, que cayó en un estado gravísimo después de haber tomado *un* milígramo, que es una dosis *terapéutica* y no *tóxica,* por completo inocente, según la práctica de los médicos más eminentes.

A la tercera pregunta contestaron que la receta debió especificar explícitamente que las cuatro ó seis cucharadas de café debían tomarse cada cuatro horas *por lo menos,* si bien resulta claro que la separación de las dosis estaba en el pensamiento del Dr. G. cuando la redactó, pues de lo contrario hubiera escrito de cuatro á seis cucharadas *en la noche* y no en las veinticuatro horas. La autorización verbal para tomar las dos ó tres primeras cucharadas en intervalos más próximos, constituiría una imprudencia grave, si no hubiere sido corregida por una prescripción terminante, en la cual insistió mucho, de vigilar atentamente la acción de la dosis antes administrada; prescripción que no fué observada, á causa sin duda de la natural tendencia de los enfermos y de las personas que los rodean á exagerar las dosis de los remedios para obtener antes el alivio esperado. Es seguro que si se hubiere observado la recomendación del Dr. G., el accidente no se hubiera producido, porque era evidente, desde la primera cucharada, que el medicamento producía malos efectos, y la mayor imprudencia se cometió administrando la segunda y la tercera.

Digitized by Google

Los Sres. Brouardel, Crolas y Lépine resumían su opinión, diciendo: que en las circunstancias especiales en que fué llamado á la cabecera de un enfermo, presa de vivos sufrimientos, en el cual se habían ya ensayado sin resultado medicaciones enérgicas, de salud robusta, con los *riñones sanos*, el Dr. G. es excusable por haber recurrido á una dosis grande de un medicamento preconizado por muchos médicos; que no podía prever que la aconitina vendida por el boticario fuera más tóxica que la de Duquesnel, ni que la enferma presentara una susceptibilidad especial respecto de este producto; que sin duda no debió autorizar verbalmente la administración de dosis próximas, pero que se le debe tener en cuenta el haber recomendado expresamente vigilar los efectos del remedio; que la enferma murió por la ingestión de milígramo y medio, cantidad que de ordinario administrada en dosis *fraccionadas* no es *peligrosa*, y que, por consecuencia, la muerte debe atribuirse á la idiosincrasia particular de la enferma frente á una aconitina dotada de propiedades algo especiales y seguramente un poco más tóxica que la aconitina de Duquesnel.

Celebrada la vista de esta causa ante la Audiencia correccional, el Dr. G. fué absuelto, gracias sobre todo al luminoso dictamen de sus colegas.

Digitized by Google

REVISTA DE LA PRENSA JURIDICA EXTRANJERA

La literalidad en las obligaciones cambiarias y su principio histórico y económico, por el profesor *Papa D'Amico (Archivio giuridico,* t. 48, 1892, fasc. 4 y 5).

1. Se ha dicho, con mucha verdad, que la vida económica es la que suministra la materia al derecho, de tal suerte que, no bien se cambia la una, se cambia ó modifica también el otro. Esta correlación se encuentra en casi todas las instituciones de derecho privado, y se encuentra así bien, en grado eminente, en la letra de cambio, cuyas manifestaciones jurídicas han venido en pos de los correspondientes fenómenos económicos.

La letra de cambio, en sus grandes fases, no ha sido otra cosa que el desarrollo del principio económico del crédito personal, así como la literalidad en las obligaciones cambiarias ha sido un producto á que ha ido dando lugar, gradualmente, el mismo principio. Tras del régimen económico puramente natural, ha venido el régimen económico de la moneda, y á éste ha reemplazado el régimen económico del crédito, bajo cuya inmediata influencia se ha ido desarrollando y concretando el predominante principio jurídico de la actual literalidad.

2. En los tiempos primitivos no pudo existir el crédito, porque las relaciones entre los hombres estaban regidas por la lucha violenta y la fuerza bruta. Por tanto, no pudo existir la letra de cambio.

En Grecia y en Roma comenzó á sentirse la necesidad de evitar los peligros del transporte material del dinero de una á otra plaza, y con este se originó el cambio trayecticio, de que Hisócrates y Cicerón nos ofrecen algunos ejemplos.

Sobre la base del crédito hubo de desarrollarse el contrato correspondiente; pero, lo mismo que aquél, el cambio tuvo una importancia y una función muy limitadas. Los argentarios de entonces realizaban operaciones de crédito; pero no conocieron las grandes operaciones modernas, que consisten, principalmente, en comprar obligaciones pagables en época futura mediante obligaciones pagables, destinadas á circular como moneda, que es lo que ha

Digitized by Google

dado una extensión tan prodigiosa al moderno sistema del crédito y del comercio.

Pero aun cuando hubiera cambio, éste no adoptaba ninguna forma especial, ni menos se conocía en este período la literalidad, porque todavía no había hecho su aparición el título cambiario. Lo cual no es decir que los griegos y romanos no tuviesen obligaciones literales; antes bien, los últimos tuvieron una literalidad que, en sus comienzos, fué aun más estricta que la moderna. Mas, aparte de que esta literalidad no se referia al derecho cambiario, el cual ha tenido un desarrollo particular suyo, no fué tampoco, á lo que parece, un desplegamiento de la potencialidad del crédito, sino más bien una evolución puramente formalista de la *stipulatio*, determinada principalmente por la introducción de la escritura. La *literarum obligatio* no representó un título de crédito circulable, sino que siempre permaneció inmovilizada en el *codix accepti et expensi*.

Y aun esta literalidad, en lugar de desarrollarse más y más, á medida que progresaba y que se complicaba la vida, fué decayendo poco á poco con la introducción de la *exceptio doli*, y luego de la *exceptio non numeratæ pecuniæ*, las cuales transformaron la rigurosa índole primitiva de aquélla.

En el período bárbaro no se encuentran documentos que atestigüen la existencia de operaciones de cambio trayecticio. Mas teniendo en cuenta la índole política y social de aquellos pueblos, esencialmente militar y guerrera, puede afirmarse, con mucha probabilidad de acierto, que el crédito cambiario no se usaba, ó se usaba muy poco. Es positivo que aquellos pueblos tuvieron documentos de crédito, mas el crédito cambiario no se ve entre ellos; como también es cierto que tuvieron una cierta literalidad, pero no era siempre necesaria para crear la obligación, la cual, salvo casos en que había de por medio un inmueble, se podía contraer independientemente de toda clase de escritura, ora en la *thinx*, ora con la *wadiatio*, ora con la *res*, según los casos.

8. Con el maravilloso desarrollo económico y mercantil que trajo consigo el florecimiento de las repúblicas italianas de la Edad Media y de otras ciudades del Mediterráneo, tuvo, por necesidad, que progresar el crédito. Siguió éste los pasos del general desarrollo industrial y mercantil, siendo próspero donde dicho desarrollo lo era. Y, en efecto, se manifestó bajo diferentes formas: en operaciones marítimas, en los contratos sociales, sobre todo en la comandita, en los depósitos, en las operaciones bancarias, en los préstamos públicos y privados, con lo cual el cambio trayecticio se hizo de uso general; siendo muy frecuentes entre las diferentes plazas mercantiles, y sobre todo entre los banqueros que habitaban en éstas, en el juego de alza y baja del cambio de moneda en las distintas plazas, en el envío de dinero al Pontífice por parte de los *cambiatores*, etc. En esta época existe el cambista *campsor*, el cual dió un carácter mercantil á la operación de cambio. El *campsor* dába cierta cantidad de moneda aquí á uno para que éste diese otra cantidad igual

Digitized by Google

á otro en distinto sitio, ó para que mandase á su comisionado que se la entregase al del otro.

Sin embargo, el contrato de cambio era muy limitado, porque el crédito tenía poco desarrollo, concretándose únicamente á suplir la escasez y dificultad de las comunicaciones y los peligros del transporte del metálico. No se sentían entonces las necesidades que ahora, de la prontitud en los pagos y en la circulación, las exigencias de las grandes industrias, etc. Lo más importante del contrato de cambio como también del crédito en estos tiempos es que adquieren carácter mercantil.

4. Este movimiento económico ocasionó el desarrollo gradual del título cambiario. Los más antiguos documentos son de los siglos XII y XIII. La forma de los mismos es casi igual á la del quirógrafo, según el Digesto de Justiniano. También se asemeja muchísimo á la *cautio* ó *cautum* de los francos y longobardos. Y como el quirógrafo y el *cautum* eran documentos comunes de crédito, formas genéricas de los contratos, con la sola diferencia de que las cartas del siglo XII contenían una operación *de lòco in locum*, resulta que el acto cambiario debió estar confundido con los actos y bajo las condiciones del derecho común. La misma palabra que se emplea, *charta*, demuestra que lo que con ella se quiso conseguir no era sino un medio probatorio.

5. Cuando el título cambiario adquirió forma y carácter particular fué en el siglo XIV, según se infiere de los documentos de la época, en los cuales se encuentran las palabras *literæ cambiales* ó cambiatores y el *cambium per litteras*. A ello debió contribuir la generalización de la correspondencia epistolar, como consecuencia de la sustitución del papel de lino al pergamino.

La letra de cambio dejó entonces de ser un quirógrafo para adquirir una forma particular. Sin embargo, la literalidad no existe todavía.

Las condiciones jurídicas seguían siendo las comunes, aunque el título se había especificado. Lo más saliente en este período es una marcada tendencia hacia las formas jurídicas mercantiles: como el contrato había adquirido un carácter económico, mercantil, debía ser regulado, como sucedió, por leyes adecuadas. El cambio fué desde entonces un acto de comercio, sometido, como tal, á la jurisdicción mercantil, y con los caracteres de un acto de esta naturaleza. Pero la escritura en el contrato de cambio no tiene otra eficacia ni otro valor que el de un simple medio de prueba, la misma que podía tener con respecto á otro contrato mercantil. Los principios dominantes así lo exigían. Y, claro está, como la escritura no era esencial para la validez del contrato de cambio, era imposible toda literalidad, que tiene su base en aquélla.

6. La especialidad del negocio del cambio tenía que traer como consecuencia su especialidad jurídica. Como era una institución económica particular, con función contractual propia, comenzó á tener, por la *consuetudo mercantiæ*, que es el derecho viviente, sus particularidades naturales, referen-

Digitized by Google

tes á las personas que contrataban, á la provisión de fondos, al lugar del pago, etc., á las cuales se añadieron otras particularidades, si no naturales, adecuadas á la operación misma, como la forma de la letra, la necesidad de dar orden de pago al pagador por medio de correspondencia epistolar, el número de letras que habían de expedirse, el vencimiento á fecha, vista, feria, etc., la aceptación, el pago, etc., etc.

Entre estas particularidades, algunas llegaron á convertirse en condiciones reales, casi inherentes al contrato de cambio, y muchas cláusulas, que en un principio tenían que expresarse, se sobreentendieron después, como la solidaridad de todos los que suscribiesen la letra, la cláusula á la orden, etc. Así sucedió con la escritura, la cual no fué en su origen una condición legal del contrato de cambio, sin más valor que el puramente probatorio, pero que ahora se convirtió en necesidad real. De tal manera, que algunos jurisconsultos del tiempo opinaban que sin escritura no había contrato de cambio trayecticio, pues la falta de escritura era incompatible con la *distantia loci*, que era una de las condiciones del cambio. Después la necesidad de la escritura se hizo extensiva á las operaciones particulares del cambio, á la aceptación, al aval, al giro, etc. El contrato de cambio *sine literis* no tuvo ya significado alguno, fué sólo una distinción escolástica.

Así, pues, en el siglo XVI se comenzó á considerar á la letra de cambio como una institución *a se*, que se separaba en gran parte de los contratos comunes de mutuo, compraventa, etc. La letra de cambio representó, económicamente, permuta de dinero por dinero de plaza á plaza, una operación de cambio trayecticio, y jurídicamente, la expresión de un contrato, primero común, y luego de naturaleza mercantil. Pero su aplicación fué todavía limitada; como en Grecia y en Roma, no tuvo más objeto que evitar las dificultades y los riesgos inherentes al transporte de metálico de un sitio á otro. El desarrollo económico del tiempo no consentía que adquiriese más extensión.

7. En el siglo XVII la institución cambiaria empezó á experimentar otra nueva modificación económica y jurídica. La letra de cambio no fué ya sólo un documento de permuta de dinero entre dos plazas, sino también un medio de verificar los pagos, puesto al servicio de los comerciantes y del comercio.

En los tiempos antiguos se opuso fuertemente al desarrollo del crédito la ruda guerra que á la usura hicieron las leyes tanto eclesiásticas como civiles. Sin embargo, la Iglesia misma, al propio tiempo que condenaba el cambio que se llamaba muerto ó seco, por considerarlo usurario, consideró como lícito el cambio trayecticio.

Tales principios dominaron casi generalmente hasta fines del siglo XVII. Pero como las necesidades económicas y mercantiles crecían más cada vez, se comenzó á hacer uso de la astucia, de los subterfugios y de las simulaciones para llevar á cabo aquellas operaciones que las leyes prohibían, pero

Digitized by Google

que las circunstancias económicas exigían con gran imperio. La Iglesia y la Jurisprudencia acudieron más de una vez á las ficciones para cohonestar contratos que ellas mismas condenaban. Esto ocurrió también en el contrato de cambio, y de aquí el cambio *fingido, adulterino,* llamado así porque se fingía el lugar. Este cambio no tenía de trayecticio más que la apariencia.

Por otros rodeos se llegó á conseguir un resultado análogo: desde la prohibición absoluta de la usura, se pasó á la prohibición de los intereses excesivos, hasta que el concepto de usura quedó por completo abandonado y se dejó la libertad en el interés.

El pagaré no tenía eficacia cambiaria, sino sólo civil: no se vió en él sino una confesión de deuda con promesa de extinguirla en cierto plazo. La eficacia cambiaria no la adquirió hasta 1807, que se la dió el código francés; pero con la particularidad de que, así como en la letra de cambio propiamente tal se reconoció un título cambiario por su intrínseca naturaleza, en la llamada carta á la orden únicamente se reconoció el carácter cambiario cuando la obligación fuese mercantil, presumiéndose que lo era cuando los que suscribiesen el título fuesen comerciantes.

Otra modificación se realizó en el organismo cambiario, y fué que los valores que se cambiaran podían consistir, no sólo en dinero, sino en mercancías ó en cualquiera otra cosa. La Ordenanza francesa de 1673, *pour le commerce,* dispuso que los valores pudieran consistir en *deniers, marchandises ou autrement.* De un modo análogo se expresa el Código de 1807. De esta suerte, la función económica de la letra de cambio no se limitó, como en su origen y en la época anterior, á una simple permuta de moneda de plaza á plaza, sino que su acción se hizo extensiva á muchas otras relaciones mercantiles; sirviendo, por ejemplo, como medio ó forma de pago en beneficio del comercio: cuando un comerciante recibía una determinada cantidad de valores, entregaba un documento cambiario en que se comprometía á pagar en una época determinada.

Este nuevo oficio de la letra de cambio respondió al mayor incremento de las industrias y del comercio. Ya no bastaba la moneda para todos los negocios mercantiles; se recurrió al crédito, y el mejor medio para satisfacer esta necesidad fué la letra de cambio.

Con la introducción en esta época de la cláusula «á la orden», el contrato de cambio adquirió una forma que se prestaba á la circulación, puesto que pudo transmitirse de unos á otros, convirtiéndose así en un medio de pago.

Tocante á la forma escrita del documento, la situación anterior de hecho se convirtió ahora en situación de derecho. Al efecto, se dieron disposiciones exigiendo la aceptación por escrito y excluyendo la aceptación verbal. Igualmente, se exigió la escritura para el aval, para la declaración del valor, para la cláusula «á la orden», etc. Pero el concepto tradicional continuó impo-

Digitized by Google

niéndose, por lo cual, lo mismo la ciencia que las legislaciones del tiempo no dieron á la escritura en la letra de cambio más que un valor meramente probatorio.

Tales fueron los principios en que se informaron las legislaciones de la segunda mitad del siglo XVII en lo referente á la letra de cambio.

La literalidad no pudo desarrollarse, porque á ello se oponían multitud de causas; pero se afirmó el comienzo de la elaboración que dicha literalidad ha adquirido posteriormente. La letra de cambio no se limitó á ser una permuta de dinero entre dos plazas, sino que adquirió la forma de un medio de pago; aunque sólo tenía eficacia probatoria, sin embargo, la escritura llegó á ser una forma legal.

8. Dada la actual organización de los cambios, organización de rapidez y facilidad, el crédito, auxiliar poderoso de los mismos, ha tenido que revestir formas sencillísimas, para poder responder á las exigencias de una organización semejante. Una de las tendencias más marcadas de la economía moderna es el favorecer la circulación, entendida esta palabra en su más extenso significado. Por otra parte, esta necesidad del aumento de la circulación resulta así bien del gran desarrollo del sistema industrial y comercial moderno, de la introducción de las máquinas, del aumento de los negocios, de la introducción de la grande industria, de los grandes establecimientos de producción, del predominio de las sociedades anónimas, etc., etc. La moneda no podía bastar para satisfacer todas estas necesidades, y por eso se ha colocado en su lugar el crédito, el cual se ha convertido en *moneda corriente*, con fines mucho más económicos que los de ésta.

Pero al reemplazar el crédito á la moneda, se requiere como condición natural del mismo que sea pronto y fácil. La tardanza para aprovechar una coyuntura en operaciones mercantiles ó industriales podría ser ruinosa. El éxito depende muchas veces de la oportunidad. Así es que todo el derecho contractual sobre el crédito se ha reducido en estos tiempos á las condiciones jurídicas rigurosamente esenciales é imprescindibles, sencillez en la forma de emisión, mayor facilidad y seguridad en la transferencia, rapidez en la ejecución.

Hoy, con el gran desarrollo del derecho privado moderno y de la economía social, la letra de cambio tiene una función de crédito por excelencia como medio de transmisión y como medio de pago. La letra de cambio se ha convertido en un instrumento de la circulación general, sin limitación alguna de causa ni de personas, y gracias á la difusión del crédito personal. Es hasta el instrumento de crédito universal, en cuanto es el medio mejor para los pagos y compensaciones internacionales.

Supuesta la gran transformación que en el crédito se ha verificado en la época moderna, por necesidad han tenido que modificarse también los requisitos de la obligación cambiaria. Así que ya no se exige que la obligación ó

Digitized by Google

e' acto sea mercantil, sino que basta, para formar el contenido de una obligación cambiaria, que exista la obligación de pagar al vencimiento de un término cierta cantidad al poseedor del título: de este modo, la causa originaria de la obligación es principalmente subjetiva.

A la vez que se simplificó el contenido, se simplificó también la forma, reduciéndose al *minimun* las formalidades necesarias para su validez, casi casi á sólo las firmas en una promesa de pago.

Pero tanto como se redujo la forma en extensión, otro tanto ganó en intensidad y fuerza; la forma fué lo que imprimió un carácter específico á la obligación, y bastó para la existencia de ésta el rigor de la forma, la promesa formal, la literalidad. Esta no fué ya, como antes lo había sido, un documento de prueba, sino una formalidad y una solemnidad: formalidad, en cuanto no puede renunciarse á ella; solemnidad, en cuanto la falta de escritura no puede suplirse con ningún otro medio de prueba. Todas las modalidades y accesorios del acto cambiario tienen que revestir la forma escrita: la aceptación, aval, giro, etc.

La escritura se necesita en el mismo título cambiario; fuera de éste no puede haber obligaciones cambiarias: habrá obligaciones, pero de distinta naturaleza.

Con este predominio de la literalidad, la letra de cambio ha dejado de ser cosa exclusiva del comercio, para convertirse en una forma libre y común de crédito. Su validez la toma de la forma, no de una causa material de la misma, que tanto puede ser mercantil como civil. Por eso, para poder reclamar la obligación, es indispensable poseer el título; sólo el poseedor de éste puede reclamar aquélla.

Mas debe advertirse que estos caracteres no son exclusivos de la letra de cambio, sino generales á todo documento de crédito. Por eso es de esperar que los legisladores apliquen á todos ellos los mismos principios, y conviertan en una necesidad legal de todos los títulos de crédito la literalidad. A este gran trabajo de síntesis jurídica es al que se viene encaminando todo la elaboración histórica que hemos expuesto sumariamente.

9. Las instituciones particulares á que dió vida la letra de cambio han sentido, como era natural, todo el influjo de los principios que tocante á aquélla han regido, ó, más bien, no han sido otra cosa que una concreción de los mismos. De aquí que ya hoy no debe limitarse la capacidad cambiaria y hacerla exclusiva de los banqueros, como en un principio, por temor de la usura; no tampoco propia de sólo los comerciantes, sino de toda persona, porque la letra de cambio no es ya una institución para el servicio exclusivo de los comerciantes y del comercio, sino un acto de crédito común. Una vez que la letra de cambio es un título de crédito común, con función general de circulación; desde el momento que su contenido es una obligación cualquiera de pagar ó mandar pagar una cantidad en determinada época y en forma es-

Digitized by Google

pecial y solemne, resulta como consecuencia legítima que las normas que deben regirla sean las de la razón común, y que todos los que puedan obligarse civilmente pueden también obligarse por letras de cambio.

10. En las instituciones que sirven para garantir el pago de la letra de cambio se advierte el mismo proceso histórico, las mismas transformaciones que en éste. Por eso nos creemos relevados de repetirlas.

*
* *

Las dificultades actuales del derecho administrativo, por *A. Longo* (*Archivio giuridico*, tomo 48, 1892, fasc. 6.º).

Tan graves y excepcionales son las dificultades que rodean al derecho administrativo moderno, como no es posible encontrarlas en la historia ni en el estado presente de ninguna ciencia jurídica. Es, sin embargo, consolador el hecho de que nuestra ciencia, huyendo de fáciles optimismos, se dé cuenta exacta de tales dificultades.

Por de pronto, no hay conformidad en cuanto al sistema y al método que debe emplearse; mas debemos confesar que las razones de este desacuerdo no se ocultan á los estudiosos, los cuales discuten sobre porción de problemas referentes á la materia: sobre el fin y objeto de nuestra ciencia, sobre la exclusión ó intervención en la misma del criterio filosófico, del político, del económico, sobre la oportunidad de reducir á un cuerpo independiente de doctrina tal ó cual parte de materia científica relacionada con el derecho administrativo, etc.

La literatura científica italiana ha tomado una parte directa é importante en estas cuestiones, á partir de los nombres ilustres, no contemporáneos, de Romagnosi y Manna, pasando por otros tratadistas de quienes pueden estar orgullosas las Universidades italianas, y llegando hasta los escritores más recientes, que se han hecho dignos y eficaces intérpretes de las novísimas y apremiantes exigencias de nuestra disciplina. ¿Quién, por ejemplo, aunque no haya hecho estudios especiales sobre la materia, desconoce la famosa discusión acerca de las diferencias que pueden existir entre el derecho administrativo y la ciencia de la administración? Y claro está que en esta cuestión va envuelta toda entera la referente al objeto, sistema y método de nuestra ciencia, puesto que en el fondo se trata de saber la materia que debe enseñarse como derecho administrativo y la manera cómo debe hacerse esta enseñanza.

Tanto es lo que se ha dicho y escrito acerca del particular, que bien puede afirmarse que el problema ha sido considerado desde todos los puntos de vista que es posible considerarlo y que nada nuevo puede añadirse tocante al mismo.

Digitized by Google

Estas dificultades son, no obstante, de carácter sistemático y no peculiares del derecho administrativo, sino que más ó menos tocan á todo el derecho público y á las ciencias político-sociales. Hay otras dificultades propias de nuestra ciencia y referentes á la materia misma de ésta. Sobre ellas vamos á decir algunas palabras.

Si consideramos la presente situación del conjunto de principios y de normas que constituyen el derecho administrativo, advertiremos la continua variabilidad de los mismos. En todos los Estados modernos están variando todos los días las leyes orgánicas, administrativas, etc. Y siendo esto así, no hay necesidad de esforzarse mucho para poner de manifiesto las dificultades que engendra para el progreso de la ciencia. Una de las fuerzas principales del derecho, científicamente hablando, es la tradición, considerada como continuidad de estudio, como conservacion de energía intelectual, que hace que un mismo principio se vaya elaborando á través de los siglos. Lo cual no excluye la íntima fuerza evolutiva del derecho, por cuanto entre uno y otro elemento no hay sino oposición formal y aparente. El progreso jurídico se verifica lentamente y por grados, conservando y transformando los elementos tradicionales.

La variabilidad á que se alude no se refiere sólo á la cantidad, sino también á la calidad: no es, por ejemplo, que se cambie de mayor á menor, ó al contrario, el plazo para prescribir; es que las nuevas leyes regulan relaciones antes no reguladas, ó alteran el modo como antes lo estaban.

Hay muchas instituciones nuevas en el derecho administrativo que representan un retorno á los principios antiguos, y en este caso, el estudio del elemento tradicional es beneficioso: tal sucede con la consideración del patrimonio del Estado como un patrimonio cualquiera sometido á las normas del derecho común, lo cual es un retorno al derecho romano. Pero otras veces el espíritu tradicional es un obstáculo para la inteligencia de las nuevas instituciones. Así, influídos por el concepto romano de la distinción entre el derecho público y el privado, no podemos decir á cuál de estas dos esferas corresponden ciertas instituciones del derecho administrativo. Por ejemplo: la relación jurídica entre el empleado y el Estado ¿es de derecho público ó de derecho privado? Si lo primero, como quieren muchos escritores, ¿de qué manera se armonizará el principio de obediencia del súbdito al soberano con la reciprocidad de derechos y deberes entre partes contratantes y con la libertad con que puede tomarse ó dejarse el cargo? Si lo segundo, como quieren otros publicistas, ¿de qué manera se explican las mil particularidades que tal contrato tiene, v. gr., la obligación del Estado de admitir á los empleos á todos los ciudadanos con igual capacidad? El derecho administrativo, apremiado por la necesidad, ha prescindido del criterio tradicional y ha regulado la relación de que se trata con un criterio mixto de público y de privado.

Otra aplicación del principio tradicional á que se ha hecho referencia es

Digitized by Google

la distinción, que penetra todo el derecho administrativo, entre actos de imperio y actos de gestión: en los primeros, la administración obra como personalidad de derecho público; en los segundos, como de derecho privado. Esta distinción es, en muchos casos, exacta y muy clara, por ejemplo, entre el Estado que administra justicia y el Estado que compra ó vende un inmueble. Pero en otros casos, especialmente en los de administración social, no puede verse con tanta claridad. Cuando el Estado da la instrucción, ¿ejecuta un acto de imperio ó de gestión? Ni lo uno ni lo otro, puesto que ni manda ni se propone, como en las relaciones de derecho privado, realizar su propio interés, sino más bien el interés de los asociados.

Lo propio sucede cuando se trata de lo contencioso administrativo. La reclamación del ciudadano, ¿es un recurso, ó una acción? La autoridad que resuelve, ¿está, ó no, revestida de jurisdicción? Para resolver estas cuestiones no sirven los principios tradicionales.

De donde resulta que, para resolver los problemas del derecho administrativo, debe á veces acudirse al elemento tradicional; pero que otras este mismo elemento sirve de obstáculo.

Otra dificultad para la constitución de nuestra ciencia proviene, no sólo de la mutabilidad continua de las leyes y de las instituciones, sino de la causa de esta mutabilidad. Equivocadamente, se atribuye de ordinario el hecho á la precipitación con que se hacen las leyes, á influencias electorales y de partido, etc., sin advertir que un fenómeno tan importante debe reconocer causas más hondas, y que estas mismas que como tales se consideran son más bien consecuencias de la causa verdadera, la cual no es otra que el estado incierto y confuso de la vida social moderna, estado que se refleja, más que en ninguna otra rama jurídica, en la que está más relacionada con los problemas sociales que incesantemente agitan y conmueven á los pueblos modernos. Los principios individualistas proclamados por la revolución francesa reclaman reformas en nombre de la libertad, mientras que el Estado moderno, falto de fuerza tradicional, precisamente por ser hijo de la revolución, trata de aumentar su autoridad; á la vez que las clases sociales, que constituyen hoy, gracias á la representación, la fuerza predominante en los Estados modernos, reclaman á voces la intervención y el auxilio del Estado; intervención que, como todo gran remedio de la medicina, tanto puede salvar como matar, según la oportunidad, dosis, etc., en que se administre.

Nada de extraño, por tanto, que el espíritu público, y, reflejándolo, la ciencia, muestren tan gran incertidumbre en cuanto á la resolución de ciertos problemas.

Así se explica también un fenómeno muy extraño, que es á la vez otra grave dificultad para nuestra ciencia, á saber: que una reforma que se comienza en un sentido y con un propósito, á menudo se concluye en sentido y con propósito enteramente opuestos. Tal sucede con los principios indivi-

Digitized by Google

dualista y del socialismo de Estado, los cuales inspiran con frecuencia una misma reforma, por ejemplo, la de la administración municipal.

Por otra parte, el enlace de las instituciones administrativas con las discusiones acaloradas, con las exigencias de partido, etc., hace que las unas influyan sobre las otras y que no se pueda distinguir la pura norma jurídica de las condiciones sociales en que se aplica. Por más que se reclame la separación del derecho de la política, esta separación no es posible sino en la teoría; así que en todas las cuestiones hay que tener en cuenta, no sólo la norma jurídica, sino las condiciones y circunstancias en que ha de aplicarse.

***

Sobre los recursos de casación por violación de una ley extranjera, por *M. Féraud-Giraud*, Consejero del Tribunal de Casación de Francia (*Revue de droit international et de législation comparée*, tómo 24, 1892, núm. 3).

I

Del principio de la independencia recíproca de las naciones, que les da derecho á la posesión exclusiva de la soberanía y de la jurisdicción en todo el territorio, se ha querido sacar como consecuencia que ninguna nación está obligada á consentir en su territorio la aplicación de leyes extranjeras, y que los jueces no tienen que atender en sus resoluciones más que á las leyes nacionales.

No me parece que puede admitirse esta doctrina como regla; y aun los mismos que la aceptan concluyen por introducir en ella tantas distinciones, derogaciones, excepciones y restricciones, que bien puede decirse que concluyen por echarla por tierra.

Hay, por el contrario, escritores que no admiten fronteras entre los Estados y nivelan las montañas y llenan los valles que sirven de límites entre los distintos territorios. Tampoco es posible admitir esta opinión, porque cada nación debe tener su personalidad propia, que debe defender sin perdonar medio, aunque sea necesario llegar hasta el sacrificio. Cada nación debe tener sus instituciones, sus leyes, su individualidad y hasta debe evitar que se concedan fácilmente á los extranjeros, miembros ficticios de aquélla, los mismos derechos que á los nacionales.

Pero, si es necesario reconocer la personalidad de los Estados, lo es asimismo reconocer la coexistencia de varios de éstos, que da lugar á derechos y deberes recíprocos. Podrán vivir en paz ó en guerra, pero de cualquier manera que sea, tienen que mantener relaciones, para regular las cuales son necesarias ciertas normas.

Ahora bien: aplicar en un territorio las leyes extranjeras en conformidad con las leyes del país y con autorización de los que tienen la misión de go-

Digitized by Google

bernar, ¿es atentatorio á la soberanía de los Estados, ó, por el contrario, es reconocer y consagrar este derecho?

Por otra parte, no hay nación alguna que, dentro de su territorio, no establezca diferencias entre el régimen de los nacionales y el de los extranjeros. Pues bien; si á los extranjeros se les coloca en muchos casos fuera de la ley nacional, ¿cómo no admitir la necesidad de leyes y reglas especiales que han de serles aplicables?

Acerca de la obligación que un Estado tenga de aplicar ó no la ley extranjera á los extranjeros discrepan los tratadistas, creyendo unos que se trata de una simple condescendencia ó cortesía para con el Estado extranjero, y otros, que se trata de una obligación perfecta. Entre estos últimos nos colocamos nosotros.

II

Pero, después de todo, ¿qué importan los diferentes sistemas que existen acerca de la aplicación de la ley extranjera, si se exceptúa el de la soberanía absoluta y exclusiva? Poco importa que esta aplicación se funde en la cortesía, en el interés, en el consentimiento presunto, en la reciprocidad, en la comunidad de derechos, en el respeto á las nacionalidades, etc., pues lo positivo es que las relaciones de pueblo á pueblo se hallan sometidas á principios y reglas que los Estados deben respetar, aun cuando las contravenciones á estas reglas quedasen—lo cual no es exacto—sin sanción. De un modo espontáneo ó de un modo obligatorio, en el hecho, la mayor parte de los Estados han reconocido á los extranjeros el derecho de acogerse en ciertos casos á las leyes de su país.

Por otra parte, la máxima *locus regit actum*, cualquiera que sea el fundamento en qué se apoye, no puede desconocerse ni eludirse: podrá discutirse sobre su extensión, pero no sobre su validez. Además, hay otros casos en que es preciso acudir á la ley extranjera, como cuando se trata de apreciar las consecuencias legales del estado civil de las partes litigantes.

Contra esta doctrina de la necesidad que los Tribunales tienen en muchos casos de acudir á las leyes extranjeras y de la consiguiente obligación de hacerlo, se objeta que los jueces nacionales no están obligados á conocer todas las leyes de todos los países del universo. Mas bueno es entenderse sobre la extensión de esta obligación. No se trata de que el juez conozca todas las legislaciones, sino tan sólo en la parte que puede serle necesaria, esto es, en las cuestiones de capacidad y otras referentes al estatuto personal, y en lo tocante á la validez de los actos en cuanto á su forma. Y claro está que, dentro de estos límites, le es posible cumplir con tal deber. Dada la inmensa multitud de leyes que rigen en un Estado, los jueces no pueden conocerlas todas, y necesitan consultarlas en cada caso particular. ¿Por qué, pues, no ha de hacerse lo mismo con las leyes extranjeras? De otro lado, ¿no resuel-

Digitized by Google

ven los jueces en porción de cuestiones técnicas sirviéndose del auxilio de la gente perita en ellas?

III

Supuesto que los jueces tienen que aplicar en ciertos casos la ley extranjera, veamos ahora las condiciones en que esta ley debe llegar á conocimiento de aquéllos.

Parece justo que la obligación de alegar y justificar la ley extranjera corresponda á aquel que pretende ampararse de sus disposiciones, como al demandante le incumbe justificar los hechos en que apoya su demanda. Mas, en defecto de justificación de la ley extranjera por parte de los demandantes, ¿no debería el juez aplicarla de oficio en los casos en que viniese á reconocer que su ley nacional le imponía este deber? Sobre esta cuestión están muy en desacuerdo los autores, sosteniendo unos que el juez debe proceder de oficio, sosteniendo otros lo contrario, y creyendo otros que el juez puede proceder de oficio, pero que no está obligado á ello. Nosotros nos inclinamos á la primera opinión.

En cuanto á la manera de hacer la prueba de la ley extranjera, es difícil determinarla *a priori* y de un modo invariable. Generalmente, se concede á los Tribunales el derecho de fijar en cada caso el procedimiento que se debe emplear, de apreciar si los justificantes presentados son suficientes, etc., etc. Mas debe advertirse que si la aplicación de las leyes nacionales es muy difícil, ¡cuanto más lo será la de una ley extranjera, cuyo texto puede parecer sencillo y claro, y sin embargo, comparado con otras disposiciones legales, podrá resultar oscuro!

Acerca del particular, deben tenerse en cuenta ciertas reglas sacadas de los autores y de la jurisprudencia, así como las convenciones celebradas entre distintos Estados para facilitar el cambio de documentos oficiales y otras publicaciones de la misma naturaleza.

IV

De lo dicho se infiere que siempre que los Tribunales violen la ley extranjera, cuando ésta deba ser respetada y aplicada, la violación debe reprimirse por los mismos recursos que la violacion de la ley nacional, á la cual se sustituye aquélla, y por tanto, por medio del recurso de casación. La regla contraria es precisamente la que han seguido los Tribunales de casación franceses y extranjeros.

Se sostiene que la violación de una ley extranjera no puede dar lugar á recurso de casación, porque éste procede contra los desaciertos de los Tribunales inferiores y aquélla violación no lo es, y porque la casación está establecida para mantener la unidad en la interpretación de las leyes nacionales, extralimitándose, por tanto, en sus funciones si se extendiese á la interpretación de las leyes extranjeras.

Digitized by Google

Esta es la opinión que sostiene tanto la jurisprudencia como la doctrina, en su mayoría. Los autores que se separan de ella son muy pocos. Sin embargo, no faltan vacilaciones, y aun los mas exagerados partidarios del principio admiten ciertas excepciones al mismo, como sucede con las resoluciones que niegan la casación en caso de violación de una ley extranjera, añaden «á menos que esta falsa aplicación no se convierta en fuente de una contravención á la ley nacional» ó «tenga como consecuencia una contravención á la ley del país».

V

Si hay alguna regla cierta en punto á la administración de justicia y que no necesita ser justificada con citas de jurisprudencia ó de doctrina, es que ante el Tribunal de casación no pueden proponerse nuevos medios, esto es, medios que no hayan sido propuestos ante el juez que haya conocido del fondo del asunto, á menos que, refiriéndose al orden público, no se presenten sólo en derecho, sino que envuelvan á la vez cuestiones de hecho y de derecho. Por tanto, si el medio que se aduce, fundándose en la violación de una ley extranjera, implica la apreciación de una simple cuestión de hecho, no será posible presentarlo por vez primera ante el Tribunal de casación. Pero cuando la ley extranjera no haya sido aplicada, contraviniendo á la ley francesa, en este caso, parece que se trata de una pura infracción del derecho, de que deberá conocer dicho Tribunal. Sin embargo, éste ha denegado referido medio cuando no se hubiere aducido ante el juez de hecho. Por lo demás, en la mayoría de los casos, para que pueda defenderse, la apreciación de aquel medio de derecho, tendrá que ir acompañada de averiguaciones de hecho, y cuando tales hechos no hayan sido comprobados por el juez del asunto de fondo, no podrán hacerse valer ante el Tribunal Supremo.

VI

La manera cómo actualmente se resuelven las cuestiones á que da lugar el ejercicio del recurso de casación por violación de leyes extranjeras está muy lejos de responder á los principios en que debe inspirarse una buena administración de justicia.

Cuando un juez de fondo ha dado por comprobado un hecho, bien está que el tribunal de casación—cuya misión es tan sólo ver si el derecho ha sido bien aplicado al hecho de que se trata—lo acepte como perfectamente comprobado, aunque algún magistrado tenga dudas; por cuanto el juez inferior ha tenido á su disposición todos los antecedentes y pruebas necesarias. Pero cuando en un fallo ó proveído se haya aplicado equivocadamente una ley extranjera infringiendo textos legales que el Tribunal Supremo tiene delante de los ojos, ó aplicando disposiciones derogadas, el obligar al Tribunal de

Digitized by Google

casación á que tenga como verdadero lo que ella misma ve que es erróneo, y á que consagre una ilegalidad de que se da cuenta exacta, no sólo es doloroso, sino que debería ser imposible.

Para defender lo contrario, hay que oponerse, como se ve, á los principios de justicia, y además hay que recurrir á una ficción, que es la que sirve de base á los que defiénden la doctrina contraria á la nuestra, á saber: que cuando el juez del fondo del asunto aplica una ley extranjera, no hace más que establecer un hecho. Esto es emplear una mentira para cubrir una irregularidad.

Nuestra tesis va teniendo, no obstante, sus partidarios y defensores: Pierantoni, Bar, Rivier y Laurent.

VII

La consecuencia que de todo lo dicho puede sacarse, es que contra las violaciones de las leyes extranjeras, en los casos en que los Tribunales deban aplicarlas, cabe el recurso de casación y que el Tribunal encargado de ello deberá casar todos los proveídos en que se reconozca que dichas violaciones han tenido lugar. En rigor de lógica, así resulta.

Por mi parte, aceptaría este sistema con preferencia al sistema contrario, hoy predominante, que niega al Tribunal de casación el derecho de inspeccionar si los Tribunales nacionales aplican ó no bien las leyes extranjeras.

Sin embargo, dado el estado de las ideas y de la práctica que las ha sancionado, no me atrevo á ir tan lejos; pero desearía que se diese un paso más, pues las relaciones internacionales no son ya hoy las mismas que ayer, sino más complicadas, más necesitadas de reglas fijas, etc. Al efecto, he aquí lo que yo propondría:

No creo que la aplicación de una ley extranjera sea pura cuestión de hecho; pero tampoco creo que la violación de una ley extranjera por un fallo de los Tribunales nacionales deba considerarse como un caso de casación igual al que produce la violación de la ley nacional; sino que vería en ello una violación de la ley propia y especial de las partes, y á título de tal, les concedería un recurso de casación, siempre que este recurso se fundase en la violación del vínculo especial que unía á aquéllas.

Este sistema tiene las siguientes ventajas: se apoya sobre una base jurídica, su aplicación es garantía de una buena administración de justicia, permite que se enmienden los errores que pueden existir en ciertas resoluciones judiciales, y su práctica y sus consecuencias no necesitan someterse á experimentación, porque hace ya tiempo que se han fijado.

***

Digitized by Google

El Congreso jurídico de Florencia y la cuestión del divorcio, por *L. Olivi*, profesor de la Universidad de Módena *(Revue de droit international et de legislation comparée*, tomo 24, 1892, núm. 3).

En el mes de Septiembre último se reunió en Florencia el tercer Congreso jurídico italiano, al cual asistieron muchos magistrados, profesores de derecho, abogados y doctores. Se discutieron importantísimas cuestiones referentes al derecho de familia, y entre ellas, la de la investigación de la paternidad y la del divorcio. Vamos á dar cuenta de esta última, añadiendo algunas consideraciones de índole científica y social.

I

Sabido es que el sistema de la legislación italiana en materia de divorcio es pura y simplemente el del Código Napoleón. Por consecuencia, el matrimonio toma su existencia jurídica esencial y exclusivamente de la ley del Estado, independientemente de todo culto ó creencia religiosa que profesen los cónyuges. La autoridad civil tiene jurisdicción completa en materia de matrimonio, determinando las condiciones para su validez, los efectos legales del mismo, etc. De donde resulta que al Estado es á quien corresponde determinar los casos de disolución de un matrimonio válidamente contraído, y, por consiguiente, si el divorcio es uno de estos casos.

Nada de extraño, pues, que en el Congreso jurídico de Florencia se discutiese la cuestión del divorcio, como una innovación que debe introducirse en el Código civil italiano, el cual establece la indisolubilidad del vínculo conyugal. Los defensores del divorcio lo reclaman fundándose en argumentos de necesidad social, en el cambio de las costumbres y en exigencias de la moralidad.

La señal de ataque contra la ley italiana la dió Villa, diputado, el cual ya había presentado á la Cámara un proyecto de ley de divorcio. En el Congreso jurídico de Florencia, el Sr. Villa, combatió la ponencia del Sr. Chironi, profesor de la Universidad de Turín, contrario al divorcio, aun reconociendo el valor científico de esta ponencia. Hay casos, dijo, en que el divorcio es un mal menos grave que la separación de cuerpos. El matrimonio, añadió, no es un contrato, sino una institución social; y es indisoluble por su naturaleza, aunque hay excepciones á esta indisolubilidad, las cuales no derogan la regla, sino que la confirman, como la inviolabilidad de la propiedad no se niega por las excepciones que en la misma introducen las leyes sobre expropiación. Se trata, por tanto, segun el orador, de introducir en el Código algunas disposiciones complementarias de las que rigen sobre el matrimonio, sin cambiar el fondo del sistema.

Se opusieron á la introducción del divorcio el diputado Baccelli, el ya mencionado Chironi y el Sr. Filomusi Guelfi, profesor de la Universidad de Roma, quienes trataron de rebatir los argumentos presentados en favor de aquél por el Sr. Villa.

Digitized by Google

Puesta á votación la proposición de este último, favorable al divorcio, fué aprobada por mayoría de votos. Así terminó la cuestión en la sección primera del Congreso.

Dos días después volvió á discutirse en sesión plena, revistiendo gran importancia, por los oradores que tomaron parte en ella. El profesor De Cillis pronunció un magnífico discurso, en que trató de demostrar que, aun suponiendo falta en ambos cónyuges, el divorcio es un premio que se concede al adulterio. Los oradores que hablaron en favor del divorcio se fundaron para sostenerlo, más que en rigurosos principios de derecho, en ciertas exigencias sociales extrínsecas, apelaron á los sentimientos de piedad que deben experimentarse para con los esposos desgraciados y describieron ciertas escenas domésticas que podrían servir de argumento á una novela. Tal sucedió con los discursos de los abogados Muratori y Villa, y del profesor de la Universidad de Génova, Cogliolo. Los discursos más importantes fueron, sin duda, los de C. F. Gabba, profesor de la Universidad de Pisa, y Bonghi, diputado del Parlamento, ambos en contra de la introducción del divorcio. El Sr. Villa pronunció un nuevo discurso lleno de vigor y de elocuencia que logró conquistar la adhesión de muchos miembros del Congreso. Puesta á votación la proposición del Sr. Villa en favor del divorcio, fué aprobada por una mayoría de 25 votos, entre 135 votantes.

II

Hagamos ahora algunas observaciones.

No hay duda de que el matrimonio es indisoluble por su naturaleza. Así lo exigen la plenitud de la unión conyugal y los fines de procreación y educación de los hijos y mutua ayuda. Lo mismo los escritores que las legislaciones admiten esta indisolubilidad, y toda la cuestión se reduce á la posibilidad de introducir algunas excepciones en casos particulares. Por eso en la proposición del Sr. Villa se advierte falta de lógica rigurosa, por cuanto el principio de la indisolubilidad es indiscutible, y no había necesidad de ponerlo á votación en el Congreso. Lo que, á nuestro juicio, hizo el Sr. Villa fué emplear cierta táctica para atraerse á ciertos adversarios del divorcio de convicciones no bien fundadas, los cuales se contentaron con admitir la indisolubilidad en principio, sin advertir que, tan pronto como admitan excepciones, se colocan en realidad entre los partidarios del divorcio.

Además, la cuestión del divorcio debió tratarse, no sólo bajo su aspecto abstracto y general, sino teniendo presente todas las condiciones sociales é históricas del pueblo en que se trataba de introducir (Italia) y las consecuencias morales que en el mismo debe producir. Así que no nos parece acertada ni posible lógicamente la distinción introducida en el Congreso de Florencia entre el aspecto social y el jurídico del problema, sino que éste debió considerarse en toda su complejidad.

Digitized by Google

La eficacia del Congreso es bien pequeña, si no nula, porque una mayoría de 25 votos es insignificante para que el legislador pueda tenerla en cuenta con el fin de introducir en la ley la innovación de que se trata. La cuestión del divorcio es de una gran importancia social, porque el matrimonio es la célula primordial de toda sociedad. Una ley que rechace ó permita el divorcio no puede por menos de ejercer un gran influjo en la marcha moral de una sociedad. Por tanto, el legislador no debe tener en cuenta tan sólo la opinión de la mayoría, sino que también debe hacerse cargo de la de la minoría, y atenderla. Si á alguna mayoría debe atender es á la de los sabios y á las de las personas de cierta representación en el país, no á la de todos los habitantes sin distinción, porque, en este caso, la sobreexcitación de las pasiones puede conquistar un gran número de adeptos en favor de una regla que no es la mejor ni la más justa. La verdad, como la virtud, suelen ser patrimonio de pocos.

Como el matrimonio es indisoluble por naturaleza, y el divorcio debe ser mirado como una excepción, tenemos que la opinión favorable á la indisolubilidad absoluta debe preferirse á la que admite el divorcio. La separación de cuerpos produce inconvenientes, pero no se opone á la naturaleza del lazo conyugal, y además hace posible la reconciliación entre los esposos. Por otra parte, el matrimonio tiene un carácter complejo, no siendo en él único ni principal el elemento jurídico, sino que tiene también un elemento ético, reconocido por todos los pueblos, que es la religión, la cual da vida al acto, no tanto por las ceremonias exteriores, sino por principios y máximas para la armonía en la vida conyugal.

De aquí que el efecto moral de la introducción del divorcio por medio de una ley sea diferente en un país dado, según que la religión de este país autorice ó prohiba dicho divorcio. Sin embargo, no podemos menos de reconocer que el sistema del matrimonio civil deja intacta la fe religiosa y que en los casos de divorcio la ley no lo impone como obligatorio, sino que lo deja á voluntad de los cónyuges, los cuales pueden no solicitarlo si se opone á sus creencias. Mas, por otra parte, la contradicción entre la ley religiosa, que prohibe el divorcio, y la civil, que lo permite, tiene que ser perjudicial.

PEDRO DORADO,
Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Salamanca

La doctrina de la codelincuencia, por *J. Foinitsky*, Profesor en San Petesburgo (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 12, núm. 1.°, págs. 55-86).

Según la doctrina reinante, el objeto de la pena es el delito, como fenómeno concreto del mundo externo, y cuando el delito ha sido ejecutado por varias personas, que han obrado movidas por una voluntad común, surge la

Digitized by Google

codelincuencia, determinándose el grado de responsabilidad de cada uno de los codelincuentes por la gravedad del delito ejecutado en común. Esta manera de ver es inexacta, y frente á ella hay que poner otra teoría, que considera como objeto de la pena el delincuente mismo, que ha manifestado en el mundo externo el estado psíquico de su criminalidad, siendo imposible que un mismo delito, revelación del estado personal de su autor, sea ejecutado por varias personas y debiéndose afirmar, por el contrario, que *quot delincuentes, tot delicta.*

La doctrina reinante unimisma el concepto del delito y el de la infracción del derecho, y de la unidad del resultado, que perturba ó pone en peligro el derecho, deduce la unidad del hecho criminal. La codelincuencia aparece cuando el mismo resultado criminal es producido por varias personas que están ligadas por la unidad del plan y de la organización, lo cual las presenta como un todo. La doctrina reinante de la codelincuencia se ha desarrollado bajo el influjo de las disposiciones penales relativas á la conspiración y á la cuadrilla, que declaran á todos los miembros de una sociedad criminal partícipes en el resultado producido por la asociación. Ha influído también en ella la idea del libre albedrío, pues siendo imposible, en los casos de inducción, considerar al inducido como mero instrumento del instigador, se mira el resultado como obra de aquél, en la cual éste sólo toma parte, y de la cual debe responder sólo por esta parte. Al complice se le considera también como partícipe, que no ejecuta la acción, sino que la auxilia de obra y de palabra, pero no como sujeto culpable independiente.

Los requisitos de la codelincuencia, son: 1.°, una acción punible que haya sido ejecutada intencionalmente y en comun: 2.°, una unidad de intención, es decir, la dirección de la voluntad de todos los codelincuentes al mismo resultado criminal; 3.°, una unidad de actividad externa, es decir, la dirección de las acciones de todos los codelincuentes á la realización del mismo resultado criminal, si bien á veces se reemplaza la falta de relación causal por el lazo que liga las personas á un todo; 4.°, un acuerdo de los codelincuentes, que los pone en una relación más ó menos inmediata.

Cuando estos requisitos se dan, existe una culpabilidad común de todos los codelincuentes, la culpa de cada uno es á la vez la culpa de todos, y no se distingue entre culpa propia y culpa ajena. De la unidad de la culpa nace también la unidad de la pena; cada cual es responsable, no sólo por sí, por su culpa, sino también por la ajena; cada cual es totalmente responsable por todo lo ejecutado en común, principio éste concordemente aceptado, mostrándose discrepancias de opinión sólo en los detalles, como sobre si la pena debe fijarse en la ley en una cantidad igual para todos los codelincuentes, como hace el sistema francés, ó si la ley debe exigir una cierta disminución de la pena común para algunos de los que participan en el delito, como hace el sistema alemán.

Digitized by Google

Debe observarse que el acuerdo no es preciso que se formule clara y distintamente, sino que puede presumirse por hechos concluyentes, que den á conocer la voluntad de la persona de contribuir á la producción del resultado, con lo cual se extiende por modo considerable la esfera de la codelincuencia y se abandona el fundamento de la misma, que es el acuerdo efectivo, tal como se muestra en las asociaciones criminales (conspiración y cuadrilla). Por otra parte, como la relación de causalidad que debe existir entre la actividad de los codelincuentes y el hecho que constituye su acción punible común, es difícil, y á veces imposible, de establecer, se tiene, por vía de auxilio, como suficiente para establecerla la existencia de la intención común de los codelincuentes, tomando en cuenta en el momento de la ejecución del delito las condiciones del acuerdo, y declarando á todos los partícipes en éste, partícipes en el delito mismo, aunque no hayan asistido á su ejecución ni hayan determinado á los otros á ella. En los últimos tiempos, se ha concedido todavía más importancia al elemento del acuerdo y de la intención, agregando á la doctrina de la codelincuencia toda la esfera del encubrimiento, es decir, por lo general, una actividad que aparece después de consumado el delito, y que, por tanto, no puede tener con él ninguna relación de causalidad.

Ahora bien: esta doctrina de la codelincuencia adolece de dos defectos capitales, á saber: 1.°, es una construcción escolástica y abunda en presunciones, que no responden á la naturaleza de las cosas y que están en contradicción con las ideas fundamentales del derecho penal moderno; 2.°, es muy incompleta, porque no comprende todos los casos de actividad común de muchas personas.

Es escolástico el requisito de la unidad de la intención, puesto que no puede decirse que existe una y la misma intención cuando cada cual, en forma libre y por su propia determinación voluntaria, toma parte en la actividad común que se llama codelincuencia. Esta supone, por el contrario, con necesidad lógica, tantas intenciones cuantos codelincuentes hay, pudiendo haber, entre estas varias intenciones, analogía y aun igualdad completa, pero no unidad. De lo contrario, habría absorción de la voluntad de cada cómplice en la voluntad común, y todos obrarían sin libertad. La práctica muestra también que, lejos de haber esa unidad de intención entre los codelincuentes, cada uno se mueve empujado por un motivo distinto, que, aunque sea cosa diferente de la intención, se refleja con mucha claridad en la naturaleza, la energía y la forma de ésta. Aun la misma doctrina reinante no da importancia, para la existencia de la codelincuencia, á la grave diversidad, en la dirección de la voluntad, que se muestra entre la intención directa y la convenida, así como tampoco á que el acuerdo haya sido anterior ó surja la cooperación instantáneamente, considerando los códigos como codelincuentes á los que por una decisión súbita han ejecutado una acción punible, en unión con

Digitized by Google

otros que se habían concertado de antemano después de madura reflexión.

Existe codelincuencia entre acciones que no están en la misma relación con el resultado, consistiendo unas en la ejecución inmediata de éste por las fuerzas físicas del autor, otras en su ejecución mediata por medio de fuerzas extrañas impulsadas para ello; otras, en fin, en la ayuda prestada á tal ejecución física ó intelectual, y se pregunta si es posible admitir, no sólo unidad, pero ni aun siquiera identidad de las varias intenciones en todas estas personas que obran tan diferentemente en una empresa criminal. ¿Se puede poner al mismo nivel al que introduce un puñal en el pecho de su enemigo, al que compra para este fin á cualquiera, y aun al armero que vende el arma, aunque estemos convencidos de que tenía la intención de asesinar y el propósito de ayudar á su ejecución?

La comunidad de la culpa entre los codelincuentes, que sostiene la doctrina reinante, aparece, por tanto, como una simple presunción, insostenible, sin fundamento, levantada sobre bases escolásticas. El razonamiento sobre que se apoya es el siguiente: se trata de un cambio en el mundo externo producido por la actividad común de varias personas; es muy difícil, y á veces imposible, establecer la relación de causalidad que existe entre este cambio y la actividad de cada una de dichas personas, por más que sea indudable que está en una relación de causalidad con la actividad común de todas ellas; pues se recurre al elemento del acuerdo y se le hace llenar los vacíos evidentes que se notan en la cadena de la relación causal, presumiendo que todas las personas que han deseado la ejecución del resultado, han tomado parte y la han querido tomar en todos los actos que lo han producido. Y como esta presunción no basta, porque el cambio en el mundo externo no tiene por sí valor penal, se recurre á una segunda presunción, que consiste en suponer que ese cambio en el mundo externo constituye por sí mismo una acción punible. Consecuencia natural de todo esto es que los deseos, dirigidos á la consecución de ese resultado, deben considerarse como *una* intención criminal que liga á todos en una comunidad criminal solidaria. Los vacíos en la cadena de las causas se llenan por la unidad de la intención; la comunidad de la responsabilidad se funda en la comunidad de la culpa.

Este razonamiento adolece de dos graves defectos. En primer lugar, es inexacto que un cambio en el mundo externo, producido por una actividad común, pueda identificarse con la acción punible. Para el naturalista, para el historiador y estadístico, el resultado de la actividad tiene, sin duda, un valor grandísimo como fenómeno determinado externo, físico y social; pero para el jurista, que tiene que resolver el problema de la imputación respecto de cada uno de los autores, tal cambio en el mundo externo es una cosa compleja, que él tiene que reducir á sus elementos jurídicos. La muerte de un hombre se presenta, desde determinados puntos de vista, como un solo fenómeno; pero para el jurista puede constituir muchos delitos,

Digitized by Google

cuando ha sido cometida por varias personas en común, según la intención y las circunstancias con que cada una de éstas la hayan ejecutado, las cuales pueden constituirla respectivamente en asesinato, homicidio ó lesiones. Esto ocurre por modo todavía más manifiesto en aquellos resultados externos que admiten pluralidad de actos, y en aquellos casos en que no es necesaria la existencia de un resultado externo para la existencia del delito, sino que el aspecto objetivo de éste se realiza por el hecho mismo, como en las injurias, escándalo público, etc. Pero si la unidad del cambio en el mundo externo, producido por varias personas, no engendra la unidad de la acción punible, no puede ser exacto el principio de que la culpabilidad común de los codelincuentes se funda sólo sobre la ejecución común de la misma acción punible, y por tanto, viene á tierra una de las premisas sobre que se apoya la comunidad de la responsabilidad.

En segundo lugar, es también insostenible la presunción de que los vacíos de la relación causal entre la actividad de cada uno de los codelincuentes y el resultado común se llenan por el elemento del acuerdo. Las acciones humanas pueden reputarse causales cuando se puede esperar de ellas un cierto resultado, bien obremos inmediatamente por una fuerza física, bien mediatamente por nuestro influjo psíquico sobre otros; pero para que la actividad de éstas pueda imputársenos es necesario que hayamos desplegado una actividad psíquica que esté con su conducta en relación de causalidad. La relación de causalidad entre las acciones de los autores comunes debe, por tanto, probarse en cada caso concreto; pero la doctrina reinante procede de otro modo, y cuando ha comprobado la existencia del acuerdo entre los codelincuentes, no se ocupa en la relación de causalidad entre sus actividades particulares, sino que la presume sencillamente. Pero esta presunción va demasiado lejos. Sin duda, el acuerdo entre varias personas para producir un determinado cambio en el mundo externo excluye la necesidad de exigir que cada uno de ellos sea su causa única; pero no excluye el problema de la relación de causalidad respecto de cada codelincuente; aun según la doctrina reinante, no se considera como codelincuentes á todos los que han tomado parte en el acuerdo, sino que se elimina á aquellos que se han retirado de la ejecución. Además de la relación interna, debe existir en el codelincuente una cierta relación externa con lo ejecutado; debe desempeñar un papel en la ejecución. La relación de causalidad con el resultado sólo puede admitirse cuando las actividades de cada uno de los autores están notoriamente entre sí en relación causal.

Según los principios generales de la ley de causalidad, sólo pueden contarse entre los que han producido un resultado determinado aquellos cuya actividad ha precedido á la realización del mismo. Pues bien: la doctrina reinante enumera entre los casos de complicidad, la promesa, anterior á la ejecución del delito, de ayudar á él encubriéndolo ú ocultando lo adquirido,

Digitized by Google

y al considerar así como codelincuencia una actividad posterior, se desvía del concepto fundamental de la causalidad, con lo cual se hace vacilante, muestra que su concepto de la codelincuencia es muy amplio y que no tiene criterio fijo para establecer con exactitud, para limitar este concepto. Los conceptos de la complicidad, por su gran extensión y su flexibilidad, no pueden servir de criterio para distinguir lo criminal y lo no criminal, abriéndose así la puerta para considerar como cómplices á personas que están con lo ejecutado en relaciones completamente diferentes, y poniendo en peligro la seguridad individual de personas que han tenido en el hecho una participación muy remota é indirecta.

Por otra parte, la doctrina de la codelincuencia no comprende, con la amplia extensión que hubiera podido esperarse y exigirse de las bases sobre que está edificada, todos los casos de actividad criminal común de varias personas. Se excluyen, ante todo, los casos de producción común por imprudencia de un resultado externo, conviniendo la mayoría de los criminalistas, en que en ellos la culpa de cada cual debe apreciarse según los principios generales de causalidad, sin consideración á las reglas de la codelincuencia. Otro tanto se hace con los casos de producción de un resultado común por varias personas en que existe intención, pero falta el asentimiento necesario, y no se dan las condiciones que constituyen el elemento voluntario de la actividad, considerando también aquí la actividad de cada uno como una cantidad jurídica independiente, en la cual nada altera la unión física ó mecánica con la actividad de los demás. Finalmente, tampoco se aplican las reglas de la codelincuencia á los casos en que se conmina una pena para acciones que ni siquiera constituyen tentativa punible, y á aquellos en que se estima necesario castigar una cierta actividad sin consideración á los estados de consumación ó tentativa, creando para todos estos casos reglas especiales, independientes de las de la codelincuencia. Esto ocurre, por ejemplo, con los empleados públicos, para los cuales los Códigos enumeran una serie de delitos que se cometen en unión de una actividad criminal extraña, pero que se consideran como *delicta sui generis*, sin aplicarles las reglas generales de la codelincuencia, como el incumplimiento de las obligaciones del cargo ó del deber de denuncia respecto de un delito, ó la participación ilegal en operaciones mercantiles que les están prohibidas, etc. Esto ocurre también con ciertas profesiones, que pueden constituir un peligro para las personas ó los bienes, como las de boticario, productor ó comerciante de sustancias explosivas ó inflamables, etc., en todas las cuales se prohiben y castigan como delitos independientes los abusos más importantes, aunque se cometan en unión de personas extrañas. Esto ocurre también con la excitación pública, de palabra ó por escrito, á la comisión de un delito, que todos convienen en que debe ser objeto de sanción penal, aun cuando no haya producido ningún resultado; hay aquí una especie de instigación, que se castiga sin tener en cuenta las

Digitized by Google

condiciones generales de la codelincuencia, y que, por tanto, se considèra como *delictum sui generis*.

Las reglas de la codelincuencia son, pues, extraordinariamente amplias é indeterminadas; someten á la acción del derecho penal á un número considerable de hombres, que no son responsables por su culpa, sino por la ajena; están en contradicción con las exigencias de una construcción científica, y no comprenden por manera bastante todos los casos de actividad común de varias personas en el camino del delito.

El problema de la actividad común de varias personas se resuelve por modo mucho más sencillo y exacto, cuando dejamos de ver en la actividad de varias personas una sola acción punible y tomamos un punto de partida distinto, más conforme con la naturaleza de las cosas, cual es el de que el objeto de la acción punitiva del Estado no es la acción, sino el autor mismo, el hombre en su estado psíquico de criminalidad. Sin duda, este estado psíquico de criminalidad, para ser objeto del poder punitivo, tiene que manifestarse en el mundo externo, y esta manifestación constituye la acción punible. Pero esta acción no puede separarse, ni aun en idea, del estado psíquico personal, pues es solamente su expresión externa, mas no una cantidad objetiva que exista separadamente de él. En cada acción no pueden traducirse varios estados personales, y cada acción forma solamente una manifestación del estado personal de una sola persona. La acción punible no es el objeto de la pena, sino sólo una condición, sin duda muy frecuente, de la imposición de la pena, y del grado de intensidad y extensión de la actividad y de la amplitud de la realización externa, deducimos el grado de intensidad y extensión del estado personal de criminalidad.

Por la confusión del derecho penal con el civil, se explican los ensayos fracasados para identificar el concepto de la acción punible con el de la violación del derecho, definiendo la unidad de aquélla por la unidad de ésta, y presentándola como fenómeno externo que puede existir independientemente de la persona que la realiza. Pero ya hemos visto que en *una* violación del derecho puede haber *varias* acciones, y esta posibilidad de separar la culpa y la violación del derecho, se reconoce ya en la actualidad en los casos de coincidencia de varias personas, que no se consideran como codelincuentes, sino que la culpa de cada uno se mira como acción punible especial.

Cuando el resultado objetivo aparece como término y efecto de varias acciones, establécese, sin duda, entre estas acciones un lazo, pero sólo externo, no interno, psíquico; un lazo, por decirlo así, sociológico, pero no jurídico-penal. El resultado producido se presenta como una cosa común, y es sumamente interesante para el historiador, por ejemplo, establecer la parte que en su producción han tenido las varias personas. El criminalista, por el contrario, tiene por misión determinar la culpabilidad individual, y debe separar con cuidado lo que está sometido á su juicio, de todo lo que no haya sido causa

Digitized by Google

de su formación; debe considerar la actividad de cada persona como algo separado é independiente, que está sometido á su apreciación, la cual se guía por los caracteres individuales de la actividad.

El derecho penal, que proclama como uno de sus conceptos fundamentales el principio de la responsabilidad individual, habla todavía, sin embargo, de la participación penal en una culpa ajena. El derecho penal, que se envanece de haber rechazado los cuasi delitos, admite los *quasi delinquentes*, á los cuales el juez aplica la ley y castiga propiamente, no por su culpa, sino por la ajena, fundándose en una teoría artificial y del todo inexacta

Admitiendo el principio de que la acción sólo tiene valor jurídico-penal como un indicio externo del estado interno de la persona, y que ésta sólo puede ser responsable por un estado de esta naturaleza manifestado al exterior, se llega á la consecuencia de que *quot delinquentes, tot delicta*. No se puede hablar de una participación responsable en el sentido penal en la culpa ajena. La culpa de cada uno es independiente y existe por sí, tanto en los casos de actividad aislada, cuanto en los de actividad común En unos como en otros, para juzgar penalmente la culpa, es necesario tomar como único criterio apropiado los principios permanentes de la relación de causalidad. No sólo en la ejecución aislada, sino también en la actividad común, la ausencia de relación causal, interna y externa, entre cada autor y el resultado, hace imposible la imputación para él.

La estadística criminal muestra que los casos de codelincuencia disminuyen. Los medios científicos para apreciar los matices individuales de la culpabilidad, se han desarrollado considerablemente. El paso del sistema de la responsabilidad por masas al de la responsabilidad individual, se muestra, por tanto, cada vez más, como necesidad apremiante y como más fácil de llevar á la práctica. Sólo con su realización estará el derecho penal á la altura del moderno concepto de la justicia. Puede hacerse constar que en la ciencia del derecho penal se han hecho ya ensayos que llevan á dicha individualización y que contienen indicios de una realización más completa de este ideal. La codelincuencia se concibió antes de un modo mucho más amplio que ahora y su extensión ha ido disminuyendo poco á poco por segregación de varios casos de actividad común, que precedentemente se habían incluído también en ella, cosa que puede comprobarse examinando una tras otra las obras de los tres corifeos de la jurisprudencia alemana, Feuerbach, Köstlin y Berner. En la misma dirección marchan las ideas de una de las autoridades de la ciencia penal contemporánea en Alemania, el profesor Liszt, el cual considera como codelincuencia sólo dos formas de la actividad: la inducción y la complicidad, estimando á todas las demás como sustantivas é independientes entre sí.

JERÓNIMO VIDA,
Catedrático de la Universidad de Granada.

Digitized by Google

Cuadro de los orígenes y de la evolución de la familia y de la propiedad. Extracto de un libro de *M. Kovalevsky*.—Un vol. in 8.º; Stockolmo, 1890. - Artículo de *R. Daveste* en el *Journal des Savants*.

Un sueco muerto recientemente, M. Loren, ha legado á la villa de Stockolmo una suma considerable, para fundar un Instituto donde los sabios de todos los países sean invitados á dar conferencias sobre las ciencias sociales. Los cursos fueron inaugurados en 1888. Un francés, M. Beauchef, profesor de la facultad de Derecho de Nancy, ha dado una serie de lecciones sobre el papel del Estado en la sociedad. M. Kovalevsky, antiguo profesor en la Universidad de Moscou, cuyos trabajos sobre la Historia del Derecho y la Etnografía han llamado mucho la atención desde hace largo tiempo, ha expuesto en 15 lecciones el estado actual de la ciencia sobre los orígenes de la familia y de la propiedad. Es ya una curiosidad semejante curso dado en Stockolmo, por un ruso, en lengua francesa. A este interés se une otro más serio y más profundo, debido á la importancia del objeto y á la competencia del autor. M. Kovalevsky conoce todas las lenguas de Europa. Ha recorrido todos los países. Ha visitado y explorado por dos veces todos los lugares del Cáucaso, donde se encuentran todavia tantos restos de instituciones primitivas. Ha estudiado á fondo el mundo slavo, tan poco y tan mal conocido en Occidente. Se le puede seguir con toda confianza en el examen de las difíciles cuestiones que trata, y habia, por tanto, fundamento para que el Consejo de la fundación Loren haya llamado á sabio tan distinguido.

Si la familia y la propiedad se derivan de la naturaleza humana y son la la base de toda civilización, no se sigue de aquí que hayan tenido siempre la misma forma. Varían según los lugares, y cambian con el tiempo. Ya lo observaron los antiguos; pero las observaciones que podían hacer no eran ni bastante completas, ni bastante seguras, para permitirles referirlas á una ley general de desenvolvimiento de estas instituciones.

Nuestra situación es mucho mejor para emprender tal estudio. La historia de los diversos países del mundo comienza á ser conocida; los monumentos del antiguo derecho han sido publicados; la etnografía ha hecho inmensos progresos. Relacionando y comparando todos estos datos, se ha llegado á entrever lo que hasta ahora sólo podía suponerse, y es, que muchas de las costumbres, extrañas, inexplicables para los contemporáneos de esas costumbres, debían ser los restos, los vestigios de un pasado, mucho tiempo ya desaparecido y olvidado. Regueros de luz han esclarecido lo que parecía ser de una obscuridad impenetrable, y las cuestiones han sido planteadas. No es esto decir que hayan quedado resueltas, ni que puedan serlo definitivamente; ¿pero acaso no es un gran progreso comprender la naturaleza y condiciones del problema?

Se ha creido durante mucho tiempo que la familia estaba constituída en

Digitized by Google

su origen, bajo la forma patriarcal. Los trabajos recientes de Bachofen y Mac-Lenan han conmovido bastante esta opinión. El primero, ha reunido un gran número de testimonios de autores antiguos, de los que resulta que la familia y el parentesco se referían primitivamente á la madre. El segundo, ha demostrado que esto ocurría todavía entre los indígenas de América del Norte. Los etnógrafos han acumulado hechos del mismo género. Los misioneros ingleses en Australia, han señalado en las tribus salvajes de ese gran continente, una especie de matrimonio por grupos, con prohibición de unión entre las personas de un mismo grupo. Esto es lo que se llama la exogamia.

El matriarcado y la exogamia se encuentran en todos los pueblos salvajes de todas las partes del mundo. Existen todavía trazas de ella entre los pueblos que han llegado ya á cierto grado de civilización, por ejemplo: entre los Tcherkesses y los Pshavos, sobre todo entre los Ingouchs y los Cheusoures de la Georgia. Este conjunto de hechos permite suponer que el patriarcado no es el tipo primitivo de la familia y que el parentesco por parte de la madre ha sido el solo tipo reconocido en la primera edad de la humanidad. Esta conclusión no es todavía aceptada generalmente.

Sumner Maine, cuyo nombre es por sí solo una gran autoridad, ha rehusado siempre admitirlo, y es necesario reconocer que las costumbres de los pueblos salvajes no proporcionan sobre este punto una prueba sin réplica. Lo que es necesario demostrar es que en las naciones civilizadas la forma patriarcal ha sucedido á una forma anterior, en la cual la madre era el centro.

Las investigaciones recientes de historiadores y de jurisconsultos han proporcionado numerosos elementos para la solución afirmativa de esta cuestión. Vestigios de un matriarcado primitivo se han vislumbrado en los árabes y aun en los hebreos. Se han encontrado entre los celtas y entre los germanos. El autor los señala entre los antiguos slavos. Existen trazas de los mismo entre las antiguas poblaciones de la India, entre los griegos y entre los romanos. Con todos estos datos, Kovalevsky no rechaza el admitir que el parentesco por la madre ha sido la ley primitiva, y que la familia patriarcal no se ha constituído sino en una época relativamente reciente. Esta transformación ha sido un hecho capital en la historia de la civilización. ¿Cómo se ha producido? ¿Cómo ha podido hacerse? Esto es lo imposible de explicar. La tribu primitiva se vió obligada á dispersarse para vivir. La vida nómada ó pastoral no admite las grandes agrupaciones. El aislamiento favorece la formación de hogares permanentes. La mujer es entonces protegida, no por sus hermanos, sino por su marido. El parentesco se establece entonces por el padre, por línea paterna, reconociendo al padre como centro. Es al padre á quien pertenece el poder sobre la mujer y sobre los hijos. Al mismo tiempo aparece la idea religiosa, que santifica el matrimonio, poniéndole bajo la protección de la Divinidad. La primera forma de unión ha sido el rapto. Era la guerra entre dos tribus. Para obtener la paz,

Digitized by Google

era necesario que el raptor hiciera aceptar una indemnización á los padres de la robada. De aquí la compra, que se encuentra en el fondo de todas las antiguas leyes. Llega, en fin, la ceremonia religiosa, cuyo rito es casi idéntico en todas las naciones indo europeas. Los novios dan juntos la vuelta alrededor del hogar doméstico, y gustan en común una torta de harina y de miel. Esto es la *confarreatio*. El matrimonio así celebrado, viene á ser un contrato que obliga de por vida. Es el *consortium omnis vitæ*, de que hablan los jurisconsultos romanos.

La evolución de la propiedad responde á la de la familia. Aquí todavía se trata menos de buscar cuál es el fundamento racional del derecho de propiedad, que de mostrar cómo las cosas han pasado en los diferentes estados de la civilización. En un principio, los hombres no tienen otros recursos para alimentarse que la caza y la pesca, y éstas no pueden menos de hacerse en común. El producto se divide entre todos los que han concurrido á la producción. De aquí una especie de comunidad primitiva. A medida que el esfuerzo se va haciendo individual, la propiedad individual aparece como su consecuencia; pero sin deparar jamás los límites de las necesidades del individuo. Todo lo demás queda común.

La apropiación empieza ó tiene lugar, primero, sobre las provisiones, las armas, los adornos ó atavíos; después, sobre las mujeres, los esclavos, los animales domésticos. La habitación y la tierra son los últimos objetos que han entrado en la propiedad privada. Y es necesario hacer presente que esta propiedad pertenece más bien á la familia que al individuo. Con la aparición de la agricultura y la apropiación de la tierra comienza la familia patriarcal.

En este punto, todavía la autoridad del Derecho romano ha conducido á singulares menosprecios. Se ha creído largo tiempo que el poder absoluto del marido sobre su mujer, del padre sobre sus hijos, era el tipo primitivo. Es esto un error, demostrado por las investigaciones recientes, y hoy ya reconocido. El tipo primitivo ha sido el de una familia que pudiéramos llamar amplia, es decir, una comunidad numerosa de individuos, viviendo bajo el mismo techo y comiendo del mismo *pain et pot*, y á la misma mesa, como se dice en muchos de los antiguos consuetudinarios, y sometidos á la autoridad de un anciano, asistida ó aconsejada por el consejo de familia, es decir, por todos los interesados.

Este tipo se encuentra en todos los pueblos indo-europeos, entre los germanos y los celtas, y sobre todo, entre los slavos, no sólo en el Sur, como hasta hace poco se creía, sino entre los rusos. Esta organización ha existido en la India y en la Roma de los primeros tiempos. Con ella han nacido el culto de los muertos y del hogar doméstico, es decir, la primera manifestación exterior del sentimiento religioso. De ese culto, que se transmite de varón en varón á los herederos de sangre, derivan las instituciones que tienen

Digitized by Google

por objeto el asegurar la perpetuidad de la familia, la obligación para los padres de casar sus hijos, el castigo riguroso del adulterio de la mujer, y la adoptión y el levirato, en fin. Bajo ese régimen la comunidad patriarcal era la sola propietaria del suelo. Siendo la explotación común, los frutos se repartían entre todos los que concurrían á su producción. Siendo la familia perpetua, no había sucesión propiamente hablando. Las divisiones estaban prohibidas. El padre de familia no era más que un administrador. Tan lejos estaba de ser el dueño absoluto de la persona y bienes de su mujer, que la historia nos demuestra que en todas partes, y aun en Roma, su poder fué, al menos en su origen, un poder de protección y de gestión. Asociada al culto doméstico, la esposa era la compañera y la igual de su marido.

Que la poligamia haya sido la regla hasta el momento en que la familia patriarcal se funda, es sobre lo que no se permite dudar. Era un medio de procurarse trabajadores y asegurar alianzas; pero los más antiguos códigos, redactados bajo la influencia de ideas religiosas, son favorables á la monogamia. La primera mujer, particularmente encargada de participar del culto de los muertos y de conservar el hogar doméstico, viene á ser la jefe de la casa, y sus hijos sólo son los legítimos. Las otras mujeres descienden al rango de concubinas, y sus hijos no gozan sino de una media libertad.

El poder é potestad paterna es la consecuencia del poder ó potestad marital. Habiendo llegado á ser amo de la mujer por compra ó por captura, el hombre tiene un derecho absoluto sobre todos los hijos que nacen de esa mujer, sea él ó no su padre. Pero todavía aquí los códigos han atemperado lo que la costumbre primitiva tenía de odiosa y de excesiva, y la comunidad de la familia ha proporcionado al legislador el medio de intervenir en interés del hijo. Aun en Roma, donde el padre de familia tenía, *en teoría*, derecho de vida y muerte, ese derecho no podía ser ejercido sin el concurso ó aprobación de un consejo, compuesto de los más próximos parientes. La misma limitación fué impuesta á la potestad marital.

La familia patriarcal ha sido un progreso en comparación con los régimenes anteriores, pero no se la puede considerar como una forma definitiva. Apenas se ha constituido, cuando ya se la ve tomar gérmenes de disolución. La necesidad de la independencia personal se hace sentir á todos los miembros de la comunidad. La vida en común bajo la autoridad de un jefe no tiene sino inconvenientes y llega á ser insoportable. Esto es lo que pasa hoy día en Rusia, donde las divisiones son de más en más frecuentes. Cada uno quiere ser para sí y formar casa aparte. Estas transformaciones no se producen de un solo golpe. Los miembros de la comunidad comienzan por guardar los provechos que hacen personalmente. Son los peculios. La dote de la mujer viene á ser su peculio propio. El derecho de exigir la división ó partición de la comunidad, aun viviendo el padre, es el último término de esta evolución, apareciendo al mismo tiempo la fijación de la mayoría legal, sin

Digitized by Google

interés ninguno, bajo el régimen de la comunidad. Otra consecuencia de la introducción de las particiones, es el orden de las sucesiones. Hasta aquí la familia podía cambiar de jefe, pero no había sucesión, á decir verdad. Para partir, ha sido necesario fijar los derechos de cada copartícipe. Nada hay más interesante que el investigar cómo y bajo qué influencias esa determinación se ha hecho; pero es tan vasto el tema, que Kovalevski prefiere no abordarlo. Señala solamente el origen de la primogenitura como ventaja acordada al mayor; primero, como indemnización en razón del culto doméstico que á su cargo quedaba, después en razón al servicio militar. Otra ventaja es la del más joven, es decir, del que queda el último en la familia, y de ordinario trabaja más tiempo por ella. En cuanto á las hijas, han sido excluídas en un principio de toda sucesión, por la razón de que siendo los bienes de la comunidad inalienables, la hija no puede separar una porción para aportarla á otra familia. Han sido, sin embargo, llamadas en defecto de hijos y luego en concurrencia con ellos.

La familia patriarcal ha hecho lugar á la que podríamos llamar individual, fundada sobre un contrato libremente consentido entre los esposos, fuente de derechos y de deberes recíprocos. El patrimonio de la mujer es reconocido y protegido. El marido no es más que el administrador y deudor hipotecario. El régimen de la comunidad asegura á la mujer una parte en los provechos del matrimonio, y tiende á completarse por la atribución á la viuda, de una parte en la sucesión del marido. La introducción del divorcio, en fin, coloca á los esposos en una situación de completa igualdad. La repudiación no resulta ya un privilegio del marido. La autoridad paterna se divide entre el marido y mujer. No es sino un poder de protección y corrección, que se ejerce bajo la vigilancia del Estado. La conservación de los bienes personales del hijo está garantida por previsoras medidas. Así se desenvuelve á nuestros ojos la familia moderna, tipo bien superior á los que le han precedido.

La disolución de la comunidad en la familia no ha modificado solamente las relaciones personales. Ha traído también toda una revolución en las condiciones de la propiedad. Esto es lo que ha llegado ya, especialmente en Rusia. Aquí, las observaciones de Kovalevsky tienen un interés muy particular. Hasta estos últimos tiempos se creía que la constitución actual de la propiedad en Rusia se remontaba á los orígenes mismos de la nación, y distinguía profundamente á los slavos del Norte de los del Mediodía. De las investigaciones más recientes se ha llegado á reconocer que el régimen actual no se remonta más allá de dos ó tres siglos, y que en Rusia, como en todas partes, la comunidad de familia ha sido la regla primitiva.

La división de la tierra entre los miembros de la familia se hace sobre una base de igualdad. Cada matrimonio recibe una parte en las tierras de labor y en los prados. Los bosques y las tierras de pastos quedaron en común y fueron sometidas al uso de todos los copartícipes. Los lotes se con-

Digitized by Google

virtieron en alienables, y los extraños pudieron así entrar en la comunidad. Esta conservaba sobre los bienes divididos un derecho eminente. Los lotes que cesaban de ser cultivados, retornaban á ella, y las tierras incultas eran abandonadas á los que quisieron roturarlas. Pero esta fuente no era inagotable.

El día en que vino á ser insuficiente para asegurar la igualdad de las posesiones, la mayoría de los habitantes exigió una nueva división, y la obtuvo casi en todo. Así se establecieron, pero en una época relativamente reciente, las divisiones periódicas, que se ven todavía en Rusia, en la India inglesa, en Java, y que han existido otras veces en una gran parte de Europa.

La comunidad agrícola, sociedad de hombres libres, copropietarios del territorio comunal, con aprovechamiento ó goce dividido de las tierras de cultivo é indiviso de los bienes comunales; tal es la forma que afecta la propiedad en una cierta época de la civilización. Se ha pretendido que esto era una creación del feudalismo. Lo contrario está hoy día fuera de duda. El régimen señorial, la institución de la servidumbre, ha ejercido, sin duda, una gran influencia en la condición de las poblaciones rurales, pero el común rural libre es el hecho primitivo.

Queda por demostrar cómo la comunidad rural, tal cual acabamos de describir, se ha disuelto á su vez para dar lugar al régimen de la propiedad individual. Tenía aquella sin duda grandes ventajas. Fundada sobre el sentimiento de la asociación y de la solidaridad, aseguraba á todos los miembros el medio de vivir, y prevenía el pauperismo manteniendo la igualdad; pero al mismo tiempo era obstáculo á todo progreso, á toda innovación en el sistema de cultivo. Conducían necesariamente al empobrecimiento general, la extensión de tierra á dividir invariable, y la población siempre en aumento. Encadenada, en fin, la libertad del hombre, privándole de la disposición de su capital é impidiéndole dedicarse á la industria ó al comercio. Así la historia de los comunes agrícolas revela una tendencia constante del individuo á salir de la asociación, á excluir primero á los recién llegados y después á sustraerse de la obligación de renovar la división. En Rusia, donde el sistema se practicaba desde hace algunos siglos, el legislador en 1861 no ha tendido sino á suprimir la obligación y á autorizar á los paisanos para salir de la comunidad, creando un movimiento que ya no se detiene. Por todas partes los comunes renuncian á las divisiones periódicas. No se conoce más que la propiedad individual y definitiva; cada uno quiere ser dueño de su casa.

El feudalismo no ha ejercido sobre este movimiento sine una influencia secundaria. Nacido de la necesidad de protección y de asistencia que experimentan en todas partes los pequeños y los débiles, agrupó desde un principio los pequeños propietarios alrededor de una mansión señorial, y la recomendación ha transformado los propietarios en simples terratenientes ó te-

Digitized by Google

nedores. Por otra parte, los jefes de nación se vieron obligados á asegurarse una fuerza militar y á remunerar los servicios por concesiones de tierras. La propiedad y la soberanía se confunden. Pero si la comunidad agrícola pierde así su autonomía, descendiendo hasta la servidumbre, las relaciones de los miembros entre sí quedan tal cual eran. Es la burguesía la que ha hecho la sustitución de la propiedad comunal. Enriquecidos por el comercio y la industria, los burgueses han adquirido tierras y formado grandes dominios. Los métodos de cultivo se han transformado y las antiguas instituciones han desaparecido. Nosotros asistimos hoy al triunfo completo de la propiedad individual. ¿Este sistema debe transformarse á su vez? ¿En qué medida deberá el Estado intervenir para contener los excesos del individualismo y asegurar á todos los medios de vivir sin atentar á la libertad de cada uno? Este es el secreto del porvenir.

Nos hemos esforzado en reproducir tan fielmente como ha sido posible los rasgos principales del cuadro esbozado por Kovalevsky. No nos detendremos á discutir una á una todas las ideas del autor. Nos parece (habla R. Daveste) que la ciencia de la Historia del Derecho no está todavía bastante adelantada para fundar una teoría definitiva. Apenas si comenzamos ahora á conocer los monumentos del antiguo derecho de los pueblos civilizados, y en cuanto á las costumbres no escritas, las observaciones hechas no son nada en comparación con las que queda por hacer. Por otra parte, se ha dado excesiva importancia á lo que ocurre en los pueblos salvajes. Hay hoy día una escuela, que cree encontrar en los indígenas de la América, del África central y de la Australia el tipo de la humanidad primitiva y considera su miserable condición como una etapa necesaria de la evolución social. Esto no es cierto, sino en una medida limitada, y ningún estudio exige más prudencia y discernimiento. Además de que no se puede fiar de los cuadros trazados por observadores frecuentemente poco versados en las ciencias jurídicas, no es cierto que las prácticas de los pueblos salvajes no tiendan en muchos casos á la degradación y al embrutecimiento. Sin negar la ley de la evolución, es decir, del progreso, es permitido dudar que haya sido contínuo el movimiento, sin interrupción ni retroceso. Los materiales recogidos por la etnografía no deben ser empleados sino después de sometidos á una severa crítica. Hay que guardarse sobre todo de deducir conclusiones absolutas. Ocurre en el origen de las sociedades, lo que en el origen del lenguaje. Se pueden entrever ciertas cosas, poner ciertos jalones; pero es necesario resolverse á ignorar lo que no se sabrá jamás.

¿Quiere esto decir que es necesario abstenerse y renunciar á investigaciones que han producido ya importantes resultados? Seguramente que no. Pero es necesario proceder con método, estudiar el derecho de cada pueblo preferentemente de los que han venido á un alto grado de civilización y que han jugado importante papel en la historia, interrogar á las leyes escritas,

Digitized by Google

recoger las costumbres, reconstruir en tanto cuanto sea posible el desenvolvimiento histórico de cada legislación particular. Y esto aún no basta. Después de haber observado y clasificado los hechos particulares, es necesario compararlos entre sí para elevarse á las ideas generales, y la comparación reobra á su vez sobre la observación, arrojando una luz inesperada sobre los hechos que, tomados en sí mismos, y aisladamente, quedarían obscuros é inexplicados. No se puede prescindir de teorías y de puntos de vista generales, aunque parezcan prematuros. Prestan inmensos servicios, dirigiendo las investigaciones y ensanchando la puerta de nuestra observación, previsto siempre que tienen un carácter provisional y que se limitan á deducir lo que se desprende de los hechos, sin pretender sujetarlos á leyes *a priori*, que no son en la mayor parte de los casos sino hipótesis.

Kovalevsky no ha querido hacer otra cosa y merece plácemes. Es buen jurisconsulto y conoce bien la complejidad de las cuestiones que trata para creer que puedan ser resueltas por simples fórmulas. Si hace concesiones, quizá excesivas, á los sistemas modernos y especialmente á la escuela inglesa de Spencer, no es de los que piensan que la ciencia del derecho será próximamente reemplazada por la Sociología. Pero al mismo tiempo ha sentido la necesidad de extender su horizonte y de renunciar á la doctrina tradicional. Muestra mejor que nadie todo el provecho que la ciencia puede sacar de los descubrimientos modernos. Los jurisconsultos romanos han sido ciertamente grandes espíritus. Tuvieron el sentido jurídico, el análisis sagaz y penetrante. Són, sin duda, maestros incomparables; pero el desenvolvimiento histórico de su propio derecho se ha escapado frecuentemente á sus observaciones. Hasta cierto punto, nosotros lo podemos conocer mejor que ellos, porque tenemos numerosos términos de comparación. La inmensa autoridad de que han gozado hasta nuestros días, ha venido á ser, en ciertos aspectos, un obstáculo al progreso. Se ha necesitado mucho tiempo para ver las cosas que ellos no vieran. Al fin se ha decidido abrir los ojos. El Derecho romano no es ya mirado como un tipo ideal. Es un acontecimiento que tiene su lugar en la historia; un lugar muy grande, seguramente, pero no exclusivo. Se comienza á saber de dónde ha venido y de qué elementos se ha formado. Eran estos puntos de vista, hasta hace poco tiempo, objeto de discusión. Hoy día son generalmente aceptados y transforman la enseñanza.

Traducción de
JUAN SANCHEZ DE LEÓN

Digitized by Google

NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS *

Elementos de Derecho penal, por *Enrique Pessina*, Profesor de la Universidad de Nápoles. Traducción del italiano por Hilarión González del Castillo, Licenciado en Derecho con un prólogo y notas al final de cada uno de los capítulos, por D. Félix de Aramburu y Zuloaga, Catedrático de Derecho penal y Rector de la Universidad de Oviedo. Primera parte. Un volumen, XV-582 páginas; Madrid, 1892.

¡Un libro de Pessina con notas de Aramburu! Nunca pudo hallar aplicación más exacta la frase, tan manoseada por nuestros pseudo-clásicos, de: miel sobre hojuelas. En efecto, trátase del primero de los criminalistas que en Italia viven en la actualidad, y del primero ó de uno de los primeros criminalistas españoles de nuestros días, y claro está que la obra del uno, completada y añadida por el otro, ha de reunir excelencias extraordinarias.

Que, muerto el insigne Carrara, sea Pessina el primero de los criminalistas que tiene Italia, nadie podrá negarlo ni discutirlo, pues ni en la escuela clásica ni en la positivista hay quien pueda alegar mejores títulos que él para ocupar ese puesto. Su dilatada enseñanza en la cátedra de la Universidad napolitana, sus numerosas y valiosas obras, los puestos mismos que ha ocupado en el Gobierno de su país, le rodean de la aureola de prestigio y autoridad suficientes para que, amigos y adversarios, convengan en reconocerle una primacía que sólo pudo disputarle en vida el ilustre criminalista de Pisa. Del Sr. Aramburu he dicho que es también el primero, ó uno de los primeros criminalistas españoles, y presumo que nadie pondrá en duda mi afirmación, teniendo en cuenta que, muerta Doña Concepción Arenal, por tantos conceptos insigne, retirados de este género de estudios los Sres. Romero Girón y Silvela, y siguiendo sendas muy distintas el Sr. Salillas, no hay entre nosotros

---

* De todas las obras jurídicas que se nos remitan dos ejemplares, haremos un juicio crítico en esta Sección de la REVISTA. De las que versen sobre otras materias, pondremos un anuncio en la cubierta de las entregas.

Digitized by Google

quien pueda ponerse al nivel del distinguido Catedrático de Oviedo en la ciencia de los delitos y las penas.

Con este juicio de los autores, se comprende fácilmente el juicio que habré formado de la obra que en común han producido. El libro de Pessina goza de fama y renombre universales merecidísimos, y ciertamente no necesita de mí encomio para que se la tenga por una de las mejores obras de la literatura criminalista de nuestro siglo. La profundidad de los conceptos, lo completo del estudio de cada una de las materias, que no se examina sólo desde el punto de vista filosófico y positivo, sino que también se presenta en su evolución histórica, la riqueza de la doctrina y de la bibliografía que se comprende en cada capítulo, al mismo tiempo que la concisión y brevedad con que todo está expuesto, son méritos que avaloran el trabajo del ex Ministro de Justicia italiano, y que le han valido repetidas ediciones y una gran difusión en el país y en el extranjero. Publicada esta obra antes de la promulgación del Código penal ahora vigente en Italia, exponía la doctrina de que regía á la sazón en aquel Estado; pero el traductor español ha puesto remedio á este inconveniente, sustituyendo en el texto la doctrina de antiguo cuerpo legal por la del nuevo, valiéndose para ello de otra obra escrita por el mismo Pessina acerca del Código novísimo.

Todavía así, el trabajo resultaba incompleto para publicarlo en España, pues nada se decía en él del derecho español, y de llenar este vacío se ha encargado el Sr. Aramburu, por medio de notas puestas al final de cada capítulo ó párrafo, notas que son resúmenes muy sustanciosos y condensados de doctrina y de nuestro derecho positivo, que no desmerecen del trabajo del profesor napolitano, y que, diluídos é impresos separadamente, formarían á poca costa un precioso libro de derecho penal español. En estas notas no se limita el Sr. Aramburu á exponer y resumir las disposiciones de nuestro Código, sino que no pocas veces completa y critica la doctrina expuesta por el autor y apunta la que estima por más aceptable, examinando y discutiendo de paso las teorías de la nueva escuela positiva, que no pudieron ser examinadas y discutidas por Pessina en su libro á causa de la fecha de su publicación.

Dicho se está con lo que precede, que la obra de que tratamos sería acogida con aplauso en cualquier pueblo, por rica y abundante que fuese su bibliografía en materia penal; pero con mucho mayor motivo merece alabanza su publicación en nuestra patria, donde viene á llenar una inmensa laguna de nuestra literatura jurídica. En España, en efecto, no tenemos ningún libro de carácter científico y doctrinal que satisfaga las necesidades de la enseñanza penal dentro de las Universidades, ni del estudio general de la ciencia criminalógica fuera de ellas, pues, de los pocos que aquí han visto la luz, unos están anticuados, como las Lecciones de Pacheco, otros agotados, como el de Silvela, y otros dejan que desear. Esperamos, por esto, que la obra de Pessina y Aramburu obtendrá entre nuestros profesores, estudiantes y abo-

Digitized by Google

gados la acogida que merece, y que los editores persistirán en su meritoria empresa, continuando la publicación de un trabajo tan importante y que por modo tan poderoso ha de contribuir al progreso de la cultura jurídico-penal de nuestra patria.

***

Programa razonado de derecho penal, por el *Dr. José A. González y Lanuza.*—Habana, 1891; un folleto de 130 páginas.

Programa de derecho penal, por *José Novo y García.*—Habana, 1891; un folleto de 79 páginas.

Escritos estos dos trabajos con ocasión de las oposiciones anunciadas para proveer la cátedra de Derecho penal de la Universidad de la Habana, constan, en cumplimiento de un precepto reglamentario, de un cierto número de lecciones en que se distribuye la asignatura, y de un razonamiento en el cual se justifica esa misma distribución. No tienen, por tanto, otro carácter ni otro valor que el de ensayos de construcción y ordenación sistemática de las materias que comprende la ciencia del Derecho penal; y como no es éste lugar oportuno para entrar en una discusión de esa índole, habré de concretarme á dar una ligera noticia de los trabajos de los Sres. González Lanuza y Novo, por más que no pocas observaciones tendría que hacer á los planes propuestos por uno y otro.

El del Sr. Novo, discípulo del Sr. D. Luis Silvela, tiene no pocos puntos de semejanza, por lo que toca á la *parte general*, con el seguido por este distinguido escritor en su conocida obra, y en la *parte especial*, que trata de la legislación vigente, se adapta, por lo general, al Código, á mi juicio con manifiesto error y con menoscabo de la ciencia misma, que no puede quedar reducida á una mera exposición, exégesis ó comentario del derecho positivo.

El Sr. González, que, según declara expresamente, milita en la extrema izquierda del positivismo criminalista, sigue en su programa otras direcciones, al menos en la *sección primera*, que trata de las *doctrinas generales sobre penalidad y delincuencia*, puesto que en la *sección segunda* se adapta también al plan del Código; pero, lejos de tomar por guía las obras de los positivistas, y de formular un programa de *criminología* ó de *sociología criminal*, como éstos entienden estas ciencias, el Sr. González Lanuza echa mano más bien de los *clásicos* y formula un programa de *derecho penal*, que, á su juicio, es cosa distinta de la *antropología criminal* y de la *ciencia penitenciaria*, por más que estas tres ciencias sean partes y elementos integrantes de la *sociología criminal*.

A mi juicio, tanto el trabajo del Sr. Novo y García cuanto el del señor González Lanuza dejan algo que desear por lo que respecta al rigor lógico de su desarrollo y á la acertada distribución de las materias, y si bien es-

Digitized by Google

timo más aceptables las líneas generales del primero en su *parte general*, no puedo ocultar que el segundo revela mayor conocimiento del estado actual de la ciencia del derecho punitivo, mayor prurito por examinar y discutir los problemas en el momento presente planteados en esta disciplina jurídica, y más dominio de toda la materia, condiciones que á mi ver lo hacen más recomendable para la enseñanza.

Así debió apreciarlo también el Tribunal llamado á juzgar los ejercicios de oposición, puesto que confirió la cátedra de Derecho penal de la Universidad de la Habana al Sr. González Lanuza, sin reparar en su profesión de fé radicalmente positivista, con lo cual dió un laudable ejemplo de imparcialidad científica, que, por lo visto, los positivistas italianos echan mucho de menos en su patria.

***

La enseñanza de la Historia, por *Rafael Altamira*, Secretario del Museo Pedagógico y Profesor de la Institución libre de Enseñanza.— Madrid, 1891; un vol. de 278 págs.

Este importante libro, que forma parte de las publicaciones del *Museo pedagógico de Instrucción primaria* y que ha sido acogido con extraordinario aplauso por la prensa, y especialmente por la que se dedica á los problemas de enseñanza en el extranjero, no cae en realidad dentro del cuadro de materias á que se refieren las *noticias bibliográficas* de esta REVISTA, y si le consagramos algunas líneas, lo hacemos por el gran valor del libro mismo y por tratarse en sus últimas páginas de la enseñanza de la Historia del Derecho, que es asunto que ya nos toca más de cerca.

Pertenece el Sr. Altamira á un pequeño grupo de hombres que, con la mayor vocación, con el más decidido estusiasmo, con un perfecto conocimiento de los problemas pedagógicos en el extranjero, han consagrado su actividad y su vida á remover el estado actual de nuestra enseñanza en todos sus grados, no contentándose con exponer en libros y conferencias lo que debería hacerse para sacarnos del atraso y de la rutina en que nos encontramos, sino predicando con el ejemplo y enseñando como hoy se enseña en los pueblos que marchan á la cabeza de la civilización. La *Institución libre de Enseñanza* y el *Museo pedagógico de Instrucción primaria*, son los dos centros principales en que ese pequeño grupo de maestros se ha congregado y de que parten las poderosas iniciativas que han de transformar en nuestra patria el actual estado de cosas en materias de educación y enseñanza, y á esos dos centros se honra el Sr. Altamira de pertenecer, según reza la portada de su libro que dejo copiada.

Fácil es, después de esto, formarse idea de la índole del libro de que tratamos, de las doctrinas en que se inspira, de los fines á que tiende, y de la seriedad y dominio del asunto con que está pensado y escrito. La historia,

Digitized by Google

no como narración más ó menos pintoresca y entretenida de cruentas batallas y de interminables cronologías de reyes y príncipes, sino como exposición de la vida de la humanidad ó de un pueblo determinado en todos sus aspectos y en la compenetración y entrecruzamiento de estos mismos aspectos, y la historia enseñada, no en pomposos discursos cuajados de figuras retóricas y de atavíos oratorios, sino por medio del estudio y de la investigación personal sobre las fuentes, tanto directas cuanto indirectas, puede decirse que son los dos pensamientos capitales que dominan en el libro del señor Altamira, muy rico, por lo demás, en datos y pormenores de todo género, y muy fecundo en ideas y observaciones, que sería imposible resumir aquí.

Estas mismas tendencias quiere el Sr. Altamira llevar á la enseñanza de la Historia del Derecho en nuestras Universidades, por la creación de una cátedra no *obligatoria*, en que los alumnos que quisieran se iniciasen en el estudio directo de las fuentes y en las investigaciones históricas personales, sin perjuicio de que á toda la enseñanza del Derecho se le diere un carácter y sabor histórico, llamado á corregir los prejuicios de los juristas sobre el valor y la omnipotencia de las leyes escritas y del derecho positivo vigente; pero, aun cuando nada de esto se crea factible por ahora, el Sr. Altamira entiende que lo que *desde luego* podría y debería hacerse es ensanchar el cuadro de la Historia del Derecho, para que, en vez de ser un mero estudio de las fuentes *legales* y de los jurisconsultos célebres de cada época, como es al presente en nuestras cátedras, sea una exposición de la vida entera del Derecho en sus varias manifestaciones y en relación con toda la vida individual y social.

JERÓNIMO VIDA,
Catedrático de la Universidad de Granada.

Historia jurídica de las diferentes especies de censos.—Memoria premiada con accesit por la Real Academia de Ciencias morales y políticas, escrita por *D. Arturo Corbella*.—Madrid, 1892.

El tema abierto al público certamen por la Academia de Ciencias morales y políticas, era, á la verdad, de reconocido interés. Porque la justificación de la enfiteusis en la historia del Derecho y su utilidad en las legislaciones modernas, así como las vicisitudes históricas del censo consignativo, ofrecen fructuoso estudio, que la Academia propuso acertadamente á la consideración de los jurisconsultos que aspiraban al lauro prometido por la docta Corporación.

Cómo haya el Sr. Corbella satisfecho las exigencias del tema, demuéstralo por elocuente modo la preciada recompensa obtenida en tan honrosa lid. Y, ciertamente, el estudio histórico-crítico que tenemos á la vista revela en su autor, aparte de la riqueza en las fuentes de conocimiento, un método re-

Digitized by Google

comendable en la exposición de la doctrina. El concepto de la propiedad ante la historia en los pueblos antiguos y modernos sirve al Sr. Corbella de fundamento adecuado para discurrir sobre la enfiteusis, tan admirablemente definida en Roma por aquella sábia Constitución del Emperador Zenón y para defender con gran copia de razones la utilidad del censo enfitéutico.

Porque negar que la enfiteusis sirvió de poderoso auxiliar al desarrollo de la propiedad territorial, templando los tristes resultados de la servidumbre y poniendo á salvo los perjuicios del colonato, es desconocer la historia de la vida civil de casi todos los pueblos de las pasadas edades. Y pretender, como se intentó en la discusión del Código napoleónico, desterrarla de las leyes modernas, invocando odiosos recuerdos de señoríos feudales, equivale á destruir instituciones tradicionales, en vez de restaurarlas, purgándolas de imperfecciones que la evolución de las costumbres logró poner de relieve.

La enfiteusis, dice discretamente el ilustrado autor de la Memoria laureada por la Academia, debe sostenerse en nuestros códigos; pero despojándola de sus caractéres de perpétua é irredimible. Y, realmente, ese es el verdadero punto de vista de la cuestión. La perpetuidad se opone al concepto que informa á toda ley positiva, y lo de gravámenes irredimibles, pugna de manera clara con el carácter de desamortizable, reconocido hoy á la propiedad inmueble. Mas como el enfiteuta no puede ser un mero arrendatario, ni tampoco simple comprador á renta, lo prudencial del término, siempre largo, para la redención del gravamen, es lo que deberá resolver la cuestión, y así lo entiende con acierto el autor de la Memoria.

No son menos discretas las observaciones que el Sr. Corbella consigna respecto al préstamo á interés, como motivo de la introducción del censo consignativo y su significación en el derecho canónico; é igualmente son dignas de encomio las consideraciones acerca del censo reservativo admitido en el Código civil de España, y que tan escaso es de precedentes históricos en el Derecho.

*
* *

Código de Comercio español. Jurisprudencia y leyes extranjeras en materia de cambio, por *D. Federico Barrachina* y *D. Carlos Antonio Talavera*.—Libro de 391 páginas; Alicante, 1892.

La Biblioteca Mercantil de Alicante acaba de publicar un interesante libro, que recomendamos á la consideración, no sólo de aquellos que se dedican al ejercicio honroso del comercio, sino á la de los Tribunales y Letrados llamados á solucionar los arduos problemas del Derecho mercantil.

No es el estudio de los Sres. Barrachina y Talavera una paráfrasis más ó menos ingeniosa del texto de nuestra ley de Comercio; labor muy frecuente en muchos de los comentaristas de las leyes positivas que con tal trabajo

Digitized by Google

apenas si resuelven al lector las múltiples cuestiones que la práctica presenta al interpretar rectamente el precepto árido y escueto del legislador; antes al contrario, la obra que tenemos á la vista, esencialmente de aplicación, ayudará de modo útil á quien se sirva consultarla, indicándole el camino de llegar á la acertada resolución de las dificultades surgidas.

Quiénes sean comerciantes; qué sean actos de comercio, y maneras de probar directa é indirectamente la cualidad de comerciante; capacidad jurídica de la mujer; bienes afectos á la profesión mercantil; distinciones entre el industrial y el comerciante: he aquí multitud de cuestiones resueltas acertadamente en tan importante obra, lo cual acontece también con todas las relativas al registro mercantil y contratos de comercio.

Pero donde el libro aparece de innegable mérito es cuando los autores, al examinar el contrato de cambio, alma del comercio y fundamento del crédito, analizan la materia en la altura de los principios, relacionando el texto del Código con otros de los principales países de Europa y con la doctrina admitida por nuestro Tribunal de Casación.

En suma; el nuevo libro, felizmente publicado por la Biblioteca Mercantil de Alicante, habrá de merecer, á la verdad, el aprecio de cuantos se interesen por el positivo progreso de nuestras instituciones mercantiles, regidas como deben serlo por leyes realmente adecuadas á la altísima significación del comercio en los pueblos cultos.

***

Exposición que la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona ha dirigido á las Córtes sobre la urgencia de una profunda reforma en el procedimiento civil.—Folleto de 38 páginas; Barcelona, 1892.

El conocido jurisconsulto D. Vicente Amat y Furió, cuyos estudios sobre la vigente ley del Jurado son bien conocidos entre los hombres del foro, designado como Ponente por la Academia Barcelonesa para la redacción de la Memoria cuyo epígrafe dejamos anotado, ha hecho un notabilísimo trabajo, que nos complacemos en recomendar á la ilustrada atención de nuestros lectores.

Que nuestro procedimiento civil no está á la altura de lo que la ciencia reclama; que el sistema escrito adolece de esenciales defectos, y que los actuales litigios, complicados en su desenvolvimiento y tardíos en su terminación, ponen miedo en el ánimo y parecen servir, más que á los intereses de la justicia, á los del litigante de mala fe, es cosa tan sabida, que, ciertamente, no se adivina cómo ante la gravedad del mal sentido no sobreviene el pronto y eficaz remedio.

La Academia de Jurisprudencia de Barcelona señala con discreción y

Digitized by Google

oportunidad indiscutibles los más culminantes defectos de la vigente ley rituaria, tales como la lentitud de los recursos de apelación, la ineficacia del cargo de Procurador, las corruptelas en la concesión de la pobreza y la necesidad, en fin, de regularizar de modo expeditivo la recusación, la responsabilidad de los Tribunales, los términos judiciales y la redacción de los fallos y pronunciamientos sobre costas. Un estilo correcto y que por su fluidez aleja todo cansancio en el ánimo del lector, completan la obra meritísima de la Academia, cuya Memoria honra sobre manera al Ponente de la Comisión, Sr. Amat y Furió, á quien, así como á la Academia, sinceramente felicitamos por su notable trabajo.

***

Universidad de la Habana.—Sesión de clausura de 30 de Abril de 1892. —Memoria y discurso leídos, respectivamente, por el Secretario de la Academia de Derecho *D. José Novo*, y Decano, *D. José María Céspedes;* 1892.

Hemos recibido y leído con agrado, tanto la Memoria en la cual el secretario de la Facultad de Derecho—creada en la Universidad de la Habana por Real Decreto de 10 de Agosto de 1886—dá cuenta de las tareas realizadas durante el último año escolar por los alumnos, cuyos trabajos honran á maestros y discípulos; como el discurso del dignísimo Decano, que tan alto ha sabido colocar el nombre de la Academia, merced á su incesante anhelo por el progreso de los conocimientos jurídicos, estimulando, al efecto, las vigorosas iniciativas de la juventud brillante, llamada muy pronto, si persevera en su plausible aplicación, á ser una realidad gloriosa en el desenvimiento ante el foro de la Habana de los árduos problemas de la ciencia del Derecho.

P. González del Alba,
Magistrado de la Audiencia territorial de Granada.

La Derelizione in diritto romano, por *R. Ricci*; un vol., Rome, 1892.

Es esta una monografía acerca de un punto jurídico que, según advierte el autor, «no se trata comunmente de un modo especial». «Todos los escritores antiguos y modernos que yo conozco, añade, han creído cumplir un deber con dar la simple definición, referirse á poquísimas léyes del *Digesto*, y aludir en nota á la disputa entre Savinianos y Proculeyanos.» Como el Señor Ricci advierte, *La derelizione fu derelitta.*

Para reunir en un volumen la doctrina más corriente en Roma y entre los romanistas acerca de la *derelictio*, escribe el Sr. Ricci la monografía de que damos noticia. En ella trata las diferentes cuestiones, tanto relativas á

Digitized by Google

los conceptos generales, al lenguaje y á las fuentes, cuanto las que en la vida práctica del derecho se ofrecen, como otras tantas dificultades de la institución, dedicando un capítulo muy interesante á la disputa de Savinianos y Proculeyanos, y relacionando, por fin, la *derelictio* con la tradición y la ocupación.

***

Proposte di riforma al Codigo de Comercio, per el *Avv. Corrado Biondi;* Nápoles, 1892; un folleto.

El folleto del Sr. Biondi, no abarca una completa reforma del Código de Comercio italiano. Respondiendo á exigencias del momento formuladas por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia, contráese el folleto á examinar la importantísima materia de *quiebras* (libro 3.° del Código de Comercio italiano), y sólo respecto de ellas, de conformidad con el cuestionario propuesto para la reforma, se indican las mejoras y perfeccionamientos posibles.

ADOLFO POSADA,
Catedrático de la Universidad de Oviedo.

Riccardo dalla Volta.—**La riduzione delle ore di lavoro e i suoi effetti economici.** Firenze, Fratelli Bocca, editori, 1891; 131 págs., 1,50 pesetas.

Libro pequeño de volumen, pero abundante de doctrina y seriamente razonado, acerca de la reducción de las horas de trabajo y de sus efectos económicos.

Contiene sólo cuatro capítulos. En el primero expone los *antecedentes* de la cuestión; en el segundo, los *fundamentos* fisiológicos y psicológicos del trabajo humano; en el tercero, las *consecuencias* prácticas que en algunos países (Inglaterra, Australia, Suiza) ha producido la reducción de la jornada de trabajo, y en el cuarto, los *efectos* que probablemente produciría esta reducción.

El autor no se deja llevar de apasionamientos de escuela ó de sistema, sino que razona muy sensata y discretamente, apoyándose en hechos y datos estadísticos y positivos. Por eso, dice muy acertadamente, que no se puede formular un juicio definitivo acerca del problema mientras no tengamos más estudios y más experiencias tocante al mismo; pues este fenómeno, como todos los sociales, es sumamente complicado y puede obedecer á multitud de causas; así que fácilmente podemos equivocarnos atribuyendo á la reducción de las horas de trabajo lo que puede ser efecto de otros factores sociales.

Como buen individualista, no da gran importancia, para la mejora de la clase obrera, á la reducción de la jornada de trabajo; pero confiesa que es necesaria en ciertos casos (pág. 126). Más que la reducción, podría convenirle

Digitized by Google

al obrero el aumento de retribución (pág. 129). En todo caso, la reducción debe ser un producto natural de la evolución económica, y no el fruto de medidas legislativas y, por consiguiente, arbitrarias, pues «no pudiendo éstas reflejar ni apreciar la infinita variedad de casos, la reducción podria influir de un modo perjudicial sobre la condición de la clase obrera» (pág. 130).

PEDRO DORADO,
Catedrático de derecho penal
en la Universidad de Salamanca.

Traité de Droit naturel theorique et appliqué, par *Tancrède Rothe*, Professeur aux Facultés catholiques de Lille. Tome second. Du mariage; París, librairie Victor Lecoffre, 90, rue Bonaparte. 90. 1893.

El distinguido Profesor de las Facultades católicas de Lila (Francia) M. Tancrède Rothe, ha publicado el segundo tomo de su *Tratado de Derecho natural, teórico y aplicado*. Dedícalo entera y exclusivamente al matrimonio, constituyendo así una completa monografía acerca de este punto, al par que una continuación de su notable obra de *Derecho natural*.

La importancia de esta publicación se comprenderá, desde luego, con la simple indicación de los epígrafes de sus diversas secciones. Son éstas en número de nueve, y llevan los siguientes títulos: Del matrimonio, desde el punto de vista de la sola naturaleza ó de la razón pura; del matrimonio, según el derecho divino positivo de los primeros tiempos; del matrimonio, según las leyes de Jesucristo; de las facultades del Soberano en materia de matrimonio, abstracción hecha del orden cristiano; examen de la legislación matrimonial francesa, desde el punto de vista del orden no cristiano; de las facultades de la Iglesia en materia de matrimonio; de la incompetencia de los soberanos en materia de matrimonio en el orden cristiano; ojeada á la legislación matrimonial canónica; examen de la legislación matrimonial francesa, desde el punto de vista cristiano; del celibato; de la teoría de Malthus.

Campean en esta obra la abundancia de doctrina, y, sobre todo, el espíritu analítico de su autor, que, con objeto de rebatirlas, se hace cargo de cada una de las objeciones y dificultades que se presentan acerca de cada punto. Todo ello la hace sumamente útil, como obra de consulta y ampliación de estudios, para aquellos que conocen ya los principios fundamentales de esta institución.

M. Tancrède Rothe ha prestado un buen servicio á la ciencia con la publicación de este segundo tomo de su obra, cuya adquisición recomendamos á todos los que se dedican á estos estudios.

R. RODRÍGUEZ DE CEPEDA.
Catedrático de la Universidad de Valencia.

Digitized by Google

FORMULARIO DE DOCUMENTOS NOTARIALES

ARREGLADO AL CÓDIGO CIVIL

POR

D. J. EUGENIO RUIZ GÓMEZ

Abogado, Jefe superior honorario de Administración,
Director de la *Gaceta Jurídico Universal*, etc.

Reformadas *con sujeción al Código civil* las fórmulas de los dos tomos del FORMULARIO NOTARIAL CONTINUO, que, por virtud de las nuevas disposiciones, debían sufrir alguna enmienda, constituye hoy esta *acreditadísima* obra, con el *Apéndice al Código*, en que se incluyen las mismas variaciones, la colección más extensa é importante de su género.—Su precio es: del tomo 1.º, y Revista *El Progreso de la Notaría*, tomo 1.º, que se venden juntos, 15 pesetas;—del tomo 2.º, 9 pesetas (puede adquirirse el 1.º sin el 2.º, y éste sin el 1.º);—y del Apéndice, 4 pesetas.

LA NOTARIA SEGUN LA LEGISLACIÓN Y LA CIENCIA

(POR EL MISMO AUTOR)

En esta obra, que es un tratado completo de la Facultad, se explican las disposiciones legales relativas á su organización, régimen y ejercicio, documentos que el Notario autoriza, su valor, efectos, nulidad y falsedad, protocolos, archivos, etc.; se exponen los principios fundamentales en la materia, y se procura evitar las faltas y perjuicios que continuamente se originan hoy en la práctica.—El precio del tomo 1.º es 4 pesetas; y el del 2.º, 5,50.

Se venden en la librería de D. Fernando Fé, Carrera de San Jerónimo, núm. 2.—Madrid.

Digitized by Google

PROCEDIMIENTOS PARA LA REFORMA DE LAS CONSTITUCIONES en los Estados modernos.

I

1. Consecuencia de la afirmación expresa del carácter jurídico del Estado nacional moderno, según el cual su vida se encuentra sometida á normas fundamentales de derecho, lo mismo que toda institución humana, es la necesidad en que la ciencia y la legislación positivas se han visto de resolver el problema de la reforma de las leyes constitucionales.

Naturalmente, siendo las Constituciones de los Estados consideradas en su amplio sentido expresión temporal de una forma de derecho (el derecho político), su transformación, como la de todo derecho positivo, es obra de la acción lenta, inconsciente acaso, de la costumbre. Refléjase, en efecto, en la Constitución política el influjo del medio social con todos sus cambios internos, profundos, que no se pueden apreciar sino muy á la larga, y sólo en vista de los resultados. Aparentemente, no ocurre nada; las leyes siguen teniendo vigor; las declaraciones expresas que se hacen á cada instante conformándose con las leyes escritas, reflejan lo mismo que estas disposiciones; pero la realidad es ya otra muchas veces. El equilibrio de las fuerzas políticas á que la legislación positiva vigente respondiera, se ha roto quizá, y la marcha efectiva de los negocios públicos es bien diferente de la que la legislación implica.

Digitized by Google

No es, sin embargo de la gran importancia que la costumbre tiene como medio de reformar las Constituciones políticas (1), de lo que aquí queremos hablar ahora. Es asunto éste que por sí sólo requiere capítulo aparte. Mi propósito se contrae á estudiar la cuestión de la reforma del derecho constitucional por medio de la ley, es decir, por procedimientos solemnes, en virtud de declaraciones expresas, como obra reflexiva del Estado oficial.

2. Tiene la cuestión á que aludo dos aspectos: el uno general, filosófico, sugerido, después de todo, por el otro, que tiene un carácter esencialmente circunstancial, político, histórico.

La cuestión relativa á la reforma constitucional por medios expresos, fijos, determinados, implica esta otra: las leyes constitucionales (políticas), ¿son de naturaleza jurídica distinta de las leyes ordinarias? Esta cuestión, que es al cabo la fundamental, la provoca esta otra, nacida en el derecho positivo: las leyes constitucionales, ¿deben ser elaboradas y reformadas total ó parcialmente por los mismos procedimientos que las demás leyes ordinarias, ó exigen procedimientos extraordinarios especiales?

Ahora bien; he ahí por qué decía que el aspecto fundamental del problema lo sugiere el aspecto circunstancial ó político.

3. Pero ¿por qué consideramos este último aspecto como circunstancial ó político? Porque independiente de que hay en todo ello un interés científico general, en cuanto exige la determinación de los límites propios del derecho político, la solución de los mismos problemas que cualquier otra rama del derecho, figurando entre ellos este de la reforma, como problema de la biología jurídica especial, la importancia actual de la manera adecuada de reformar las Constituciones y los términos en que el asunto se ofrece á la consideración crítica, son cir-

(1) V. Longo, *Della consuetudine como fonte del diritto publico: Archivio de diritto publico*, año 2.°, fasc. 5 y 6.

Digitized by Google

cunstanciales y debidos á las condiciones históricas bajo que en la mayoría de los Estados contemporáneos se planteó el régimen constitucional.

En efecto, salvo en Inglaterra, donde por lo mismo la cuestión de la reforma legal constitucional no es cuestión, en todos los Estados contemporáneos, como es sabido, la instauración del régimen constitucional es, como dice Boutmy (1), obra de un *acto imperativo*, consecuencia, por lo común, de una situación violenta, revolucionaria, cuando no sirve para dar forma á un Estado nuevo, respecto del cual se piden garantías. No se ha llegado en los Estados contemporáneos á la institución representativa, al estado de derecho, en virtud de un proceso histórico de transformaciones paulatinas, sino más bien á causa de un movimiento de destrucción de los poderes absolutos, por lo que significaron en casi todas partes las Constituciones un sistema de limitaciones al poder gubernamental, una regla para la vida del Estado en el juego ordinario y normal de los poderes públicos.

Los Estados absolutistas, naturalmente, legislaban: el derecho privado, en todas sus ramas, era, en parte, obra de ellos, y en ellos, y luego en los Estados constitucionales, los mismos Estados, con sus procedimientos legislativos, fueron y son garantía suficiente, hasta donde cabe, del derecho á que nos referimos. Pero desde el momento en que el Estado oficial, el Gobierno, es sometido á leyes, á derecho expresamente declarado, como estas leyes y este derecho quien al fin ha de aplicarlos es en gran parte el Estado oficial mismo, de ahí que se exigiesen, respecto de él, garantías de carácter extraordinario, procedimientos solemnes, en una palabra, algo que para el resto del derecho no se consideró preciso por las razones dichas.

Por otra parte, la atención particular, anormal y propia de

(1) *Etudes de droit constitutionnel.*

Digitized by Google

nuestra época, que cuanto á la organización política se refiere, despertó y despierta aún, y el que por motivos diferentes la instauración de las formas constitucionales en Francia, España, Italia, Bélgica, por un lado, y Alemania y los Estados Unidos del Norte de América por otro, haya sido siempre obra solemnísima, aparatosa, violenta á veces, consecuencia de un acto imperativo y expreso, contribuyen también á dar al derecho constitucional, como derecho escrito, notas singularísimas hasta promover toda una teoría relativa á su reforma, que en breves términos puede resumirse como sigue (1).

4. La obra jurídica del Estado en el momento de su elaboración (función legislativa), puede tener dos objetos, ó como dice Ahrens (2): «El poder legislativo, que establece las normas *fijas* para la vida del derecho y del Estado, es de un doble carácter: ó establece el tipo fundamental, las relaciones fundamentales del derecho y del Estado en todas sus partes, las relaciones de los individuos en el derecho fundamental, las relaciones de la personalidad colectiva en el poder del Estado, en sus funciones, sujetos y derechos, ó sobre la base de estas relaciones, y como refinamiento de las mismas, da las normas fijas obligatorias para los diversos fines más ó menos generales. En el primer caso el poder legislativo es *constituyente*, en el segundo es *legislativo* propiamente dicho.»

Para Bluntschli (3), «el Estado, como legislador, tiene, en cuanto al derecho público, mayor libertad que respecto del derecho privado, puesto que cuando quiere establecer la institución de derecho público y sus relaciones jurídicas, obra en cosa propia, mientras que cuando, por el contrario, crea leyes de derecho privado, no regula nada suyo, sino las relaciones en-

---

(1) Puede consultarse la monografía de G. Jona, *Le Reforme delle leggi constitucionali* (1888).

(2) *Doctrina orgánica del Estado*, cap. IV, 1.°

(3) *Derecho político universal*, vol. 1.°; Introduc.

Digitized by Google

tre particulares, las cuales ni son obra suya, ni le están sujetas por entero».

Fuera de muchos detalles y del mayor alcance de las declaraciones de Ahrens, lo que aquí importa recoger es la distinción radical que se establece entre el derecho relativo al Estado (la Constitución, en suma) y el derecho relativo á los demás fines de la vida; distinción de donde nace la diferencia entre el origen del derecho constitucional, el cual es obra del *poder constituyente*, obra directa del soberano, y el del derecho no constitucional, el cual es obra de los *poderes constituídos*, y entre el procedimiento para reformar el primero y el procedimiento para reformar el segundo; todo lo cual, al fin, supone una concepción del Estado oficial, como si fuera obra reflexiva y querida expresamente de una voluntad soberana, distinta de la que solemnemente se manifiesta en todos los momentos de su vida.

5. No me propongo ahora criticar esta teoría jurídica constitucional; pero sí he de señalar la tendencia contraria, según la cual el derecho constitucional ó derecho del Estado no tiene nada que le distinga especialmente de cualquier otra rama del derecho, por lo que siendo todo el derecho obra del Estado, dentro de su esfera, ni por el origen, ni por el procedimiento, es preciso diferenciar dicho derecho constitucional de los demás. El origen de él, como de todos, está en el soberano, de quien emana siempre la declaración imperativa jurídica; el procedimiento debe ser el que mejor responda al ideal de una manifestación fiel de las necesidades y aspiraciones públicas.

Lo cual no obsta para que se comprenda, teniendo presente lo anteriormente dicho, que se ideen teorías aplicables (y aplicadas) al derecho positivo para reformar por procedimientos especiales la Constitución política, que á veces hasta se llega á declarar irreformable.

Digitized by Google

II

1. Examinando ahora las legislaciones positivas, nos encontramos, en cuanto al procedimiento legislativo para la reforma de la Constitución, con que pueden formarse tres grupos diferentes (1). En el *primero* figuran los Estados, que exigen para la reforma constitucional la reunión de *constituyentes*, ó mejor, la apertura completa del período de formación política, llamando á decidir de un modo ú otro á aquel que se reputa como el depositario más inmediato de la soberanía. En el *segundo*, figuran aquellos Estados que, si bien acuden á una forma extraordinaria, consiste ésta en dar á las Asambleas legislativas ordinarias el carácter y el poder de constituyentes, empleando para el caso procedimientos especiales. En el *tercero*, aquellos Estados que no tienen en las leyes disposición alguna á este propósito.

2. En el primer grupo podemos citar á los Estados Unidos Norte-Americanos, Bélgica, Holanda, Suiza, etc.

Según la Constitución norte-americana de 1789, son cuatro las fases porque debe pasar una reforma constitucional: 1.ª, se consulta al pueblo acerca de la necesidad de convocar Convención; 2.ª, las legislaturas decretan la elección de la Asamblea de reforma; 3.ª, la Asamblea redacta el proyecto; 4.ª, que ha de ratificar el pueblo. El detalle de este proceso de reforma es como sigue: las reformas de la Constitución pueden ser propuestas ó por el Congreso (las dos Cámaras legislativas), por mayoría de dos terceras partes de los miembros de cada una de las Cámaras, ó bien por una Convención convocada al efecto en virtud de petición de las dos terceras partes de las Asambleas de los Estados. Pero las reformas propuestas no tienen vigor sino cuando resulten ratificadas por las tres cuartas partes de las Asambleas de los Estados, ó por las tres cuartas partes de

(1) G. Jona, *Le Reforme*, etc., pág. 99.

Digitized by Google

las Convenciones reunidas por los Estados mismos, según que el Congreso hubiere establecido uno ú otro procedimiento de ratificación. Ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser privado de la igualdad de sufragio en el Senado. La firma del Presidente de la República no hace falta para la aprobación de las reformas constitucionales.

Según la Constitución belga, el Poder legislativo tiene derecho de declarar la necesidad de revisar las disposiciones constitucionales (art. 131). Hecha esta declaración, las Cámaras quedan desde luego disueltas, y se convocan nuevas Cámaras. Estas, de acuerdo con el Rey, establecen los puntos sometidos á revisión, y en èste caso, las Cámaras no podrán decidir si no se hallan presentes dos tercios al menos de los miembros de cada una, y la reforma no será adoptada si nō reune al menos dos tercios de los votos.

Análogo, aunque no idéntico, es el procedimiento regulado por la Constitución de Holanda.

Según la Constitución suiza (1874), la Constitución federal puede ser reformada en todo tiempo (art. 118). Cuando una sección de la Asamblea federal decreta la revisión constitucional, y la otra no accede, ó bien cuando cincuenta mil ciudadanos suizos con derecho de sufragio piden la revisión, la cuestión de si la Constitución debe ser reformada se somete en ambos casos á la votación, por sí y por no, del pueblo suizo. Si en uno ó en otro la mayoría de los ciudadanos votantes se pronuncia por la afirmativa, los dos Consejos deberán ser renovados para proceder á la revisión (art. 120). La Constitución federal reformada entra en vigor cuando sea aceptada por la mayoría de los ciudadanos suizos votantes y por la de los Estados ó cantones. Para computar esta mayoría de los cantones, el voto de medio cantón se cuenta como medio voto. El resultado de la votación popular de cada cantón se considera como el voto del mismo (art. 121).

3. En el segundo grupo, podemos citar á Francia, y hasta cierto punto, á Alemania.

Digitized by Google

Según las leyes constitucionales francesas de 1875 (art. 8.º), las Cámaras tienen el derecho de acordar en deliberaciones y decisiones separadas, tomadas éstas por mayoría absoluta de votos, ya espontáneamente, ya á petición del Presidente de la República, si procede la reforma de las leyes constitucionales. Tomada por las Cámaras tal decisión, se reunen en Versalles en Asamblea nacional para proceder á la discusión. Las decisiones relativas á la reforma parcial ó general de las leyes constitucionales deben ser tomadas por la mayoría absoluta de los miembros componentes de la Asamblea nacional.

Por la Constitución federal alemana, las reformas de la misma se efectúan de idéntica forma que las leyes ordinarias; pero *se consideran como rechazadas* todas las reformas que tengan en contra en el seno del *Bundesrath* (Consejo federal) 14 votos. Además, las disposiciones constitucionales que establezcan derechos especiales en favor de algún Estado frente al conjunto del Imperio, no pueden ser modificadas sin el consentimiento de los Estados mismos.

4. Antes de pasar á exponer los Estados constitucionales del tercer grupo, los cuales se prestan á consideraciones especiales, conviene hacer alguna indicación respecto de estos dos primeros.

Vese en todas las Constituciones á que nos referimos, que el supuesto de que se parte es que la Constitucion (término éste por lo demás muy vago é inseguro) se origine de un acto imperativo, expreso, del Soberano, ó que tal se reputa, por ser el órgano más inmediato de la soberanía política. En todas se refleja el origen del derecho constitucional moderno, y el concepto del mismo, como un sistema de garantías formales, jurídicas, frente al poder mismo. Pero analizando el contenido del texto se pueden señalar razones muy diversas entre las que actualmente motivan el empleo del procedimiento extraordinario de reforma constitucional. Desde este punto de vista, cabe distinguir los Estados unitarios (Francia, Bélgica, Holanda) de los federales (Alemania, Suiza, Estados Unidos Norte-Americanos). En los

Digitized by Google

primeros, el procedimiento extraordinario de reforma, atenuado por temor á los escesos del mismo en Francia, se propone recabar para la nación misma la última palabra de la soberanía y evitar los cambios bruscos. En los segundos, especialmente Suiza y los Estados Unidos, la reforma constitucional implica un respeto al pacto federal (1). La Constitución federal, origen natural de los poderes federales, no puede ser modificada sino por quien la ha dictado; hay, pues, necesidad de acudir á la fuente para no atentar á las soberanías particulares preexistentes. Nótese sino en Suiza y Norte de América la directa participación del pueblo y de los *Estados* en la reforma de la Constitución; sobre todo, nótese esto en la última República citada.

5. En el tercer grupo de las tres que hemos distinguido podemos colocar Inglaterra, Austria-Hungría, Italia, España. Para nuestro propósito nos basta fijarnos en Inglaterra y en España.

La Constitución inglesa, que no ha sido hecha, como es sabido, en un momento dado, que no se origina de un acto imperativo, no contiene en sus bases disposiciones legales, ni en los precedentes, procedimiento especial para su reforma. Ciertamente, muchas de sus fuentes, muchos de sus monumentos capitales, son obra ejecutada en momentos extraordinarios. La *Magna Carta*, el *Bill de derechos* y el *Acta de establecimiento*, son el producto legislativo de grandes agitaciones y de profundos trastornos. Pero esto no importa; Inglaterra desconoce la distinción formal de los períodos constituyentes y ordinarios, de los Parlamentos extraordinarios y normales. Las reformas políticas más radicales, tales como las leyes electorales de 1832, 1867 y 1889, así como las reformas que ahora realice con el bill relativo á Irlanda *(Home rull)*, fueron y son obras de los Parlamentos, reunidos sin solemnidades ni requisitos particulares.

---

(1) V. Bryce, *American Commonwealth*; Boutmy, obra citada; Summer Maine, *Gobierno popular*.

Digitized by Google

Y no es que Inglaterra tenga una Constitución *interna* con instituciones irreformables; no es que se conceptúe que la soberanía resida en el Parlamento con el Monarca: nada de eso; en Inglaterra toda la Constitución se reforma constantemente de un modo paulatino, y cuando es preciso por medio de la ley. La condición necesaria para toda reforma, por radical que sea, está en que la opinión pública la demande y al fin la exija.

Nuestra Constitución de 1876 no tiene tampoco disposiciones especiales para su reforma. Ella misma es obra de unas Cortes ordinarias, con la sanción del Rey.

Pero ¿quiere esto decir que obedezca nuestra Constitución á los mismos principios que la inglesa, esto es, á la idea racionalísima de la igualdad fundamental de todas las ramas del derecho? En modo alguno. Por de pronto, no podemos hablar de la Constitución española como de la inglesa, cuando consideramos ésta como un producto de la lenta elaboración histórica. Nuestro régimen constitucional tiene el mismo orígen revolucionario que el francés. Nuestras Constituciones, qne fueron varias, radicalmente opuestas, y siempre manifestación y resultado de actos imperativos, unas veces tuvieron procedimientos de reforma especiales (la del 69, por ejemplo), como obra la constitución de la soberanía nacional, y otras veces no contuvieron procedimiento alguno de reforma; la constitución era obra hecha en colaboración por el Rey y por las Cortes (la del 45 y la vigente).

La no existencia en la Constitución de 1876 de un procedimiento de reforma constitucional, responde á su índole doctrinaria, según la cual, la Constitución fundamental *(interna)* es irreformable. Esta Constitución interna ó fundamental se halla compuesta por estos dos elementos ó fuerzas: la Monarquía, indiscutible, irreformable, y la Representación popular. Lo reformable es la Constitución externa, la escrita, el documento votado por las Cortes y sancionado por la Corona en 1876, y que esas Cortes y esa Corona, depositarias por igual del Poder

Digitized by Google

legislativo, son las llamadas en todo caso á variar por los trámites porque pasa toda ley ordinaria.

Por supuesto, esta teoría política, á que sin duda responde nuestra Constitución actual, no impide que la acción de las costumbres y las modificacines sociales influyan en las instituciones y cambien su espíritu, y aun preparen condiciones para reformas más ó menos radicales de la ley fundamental.

6. Muchas consideraciones cabría hacer todavía analizando el texto de la Constitución escrita acerca del valor y significado de la reforma constitucional; pero esto me llevaría muy lejos y exigiría un espacio mayor del que dispongo en el presente artículo.

Marzo, 1893.

ADOLFO POSADA,
Profesor de Derecho político en la Universidad de Oviedo.

Digitized by Google

LA CUESTIÓN OBRERA Y LAS LEYES *

CAPÍTULO III

LA LEGISLACIÓN OBRERA EN INGLATERA

SUMARIO: Las antiguas ghildas (cartas de privilegio de Enrique I y Enrique II).—Ordenanza de Eduardo III.—Disposiciones legislativas de Enrique VII y Enrique VIII.—El Estatuto de Isabel (1562).—Estatuto de Jacobo I (1623).—Cambio radical de política en el siglo actual (derogación expresa de la legislación anterior).—Estatuto y actas de Jorge III.—*Las Factory acts*, 1802-1878 (la famosa acta de 1850).—El acta 41 de Victoria (27 de Mayo de 1878).—Disposiciones relativas á la protección de la vida y de la salud de los operarios.—Idem al trabajo de los niños y de las mujeres.—Idem á la instrucción de los primeros.—Reglamentación de la inspección del trabajo.—La responsabilidad de los patronos en los daños causados á los obreros (la ley de Carlos II y el acta 43 y 44 de Victoria).—El derecho de coalición de los operarios (la legislación en tiempo de Eduardo III y de los Jorges, las actas de 1824 y 1825, las actas 33, 34, 35, 38 y 39 de Victoria).—El arbitraje y la conciliación industrial (el acta 20 de Jorge II (1747); la de Jorge IV (1825); la de Victoria (1867); la *Arbitration acts* (1872).

Es Inglaterra, el país donde más se ha legislado en materia industrial; cosa fácil de explicar conocido el carácter y las tendencias de la gente insular europea, que debido seguramente á crueldades del clima y á escaseces de la tierra, ha tenido forzosamente que pedir al trabajo lo que le negaban los elementos, y ha buscado fuera de sus fronteras naturales tie-

* Véase la pág. 311 del tomo 81 y la 38 de este tomo

Digitized by Google

rras en donde nutrir á su prolífica raza. Añádese á esto la circunstancia de que mientras, durante largos siglos, otros pueblos europeos, Alemania, Francia, Italia, España, por ejemplo, fueron presa de una verdadera anarquía, que no otro nombre merece aquel trasiego de tribus invasoras y aquel quitar y poner hombres en el trono, y aquel unificar reinos que duraba en tanto que el último tercio ó la postrera compañía del ejército del rey ó del príncipe transponía la frontera, Inglaterra normalizaba su situación política, asentaba la dominación de una estirpe monárquica que vigorizaba el Estado, y se comprenderá que en épocas en que muchas naciones europeas no habían podido constituir un gobierno estable que se atreviera á encarnar en leyes obligatorias las costumbres, los usos y los estatutos de gremios y corporaciones, ya los reyes sajones y normandos hubieran legislado profusamente en materias industriales.

Se proclama y ensalza con demasiada frecuencia el individualismo del pueblo inglés, oponiéndole por ejemplo á lo que se ha dado en llamar estatolatria de los franceses y aun de los alemanes, y por cierto que si únicamente se hubiera de juzgar por la riqueza de legislación, de la mayor ó menor intervención del Estado en la esfera que se denomina privada, más razonable sería la conclusión contraria. Lo que, en nuestro entender, hay aquí, es que en Inglaterra existe una gran iniciativa de los particulares, que forzosamente ha de traducirse en pluralidad de normas legislativas que respondan á una vida tan llena, mientras que en la mayor parte de los pueblos del continente europeo esperan del Estado el impulso, el excitante que á la masa suele faltar.

Las corporaciones de artes y oficios son antiquísimas en la Gran Bretaña. Sumner Maine (1) pretende que las *Craft Ghilds*, que se remontan á los primeros tiempos de la Edad Media, tuvieron su origen en las tribus primitivas y en la comunidad

(1) *Lectures on te early history of institutions, VIII.*

Digitized by Google

de los bienes que practicaron, como común era el lazo del parentesco que unía á sus miembros. Aquellas asociaciones para fines industriales y mercantiles aparecen con marcado carácter en el siglo XII. Los tejedores de Londres fueron los primeros que se constituyeron en asociación; siguiéronles de cerca los de Nottinghan, York, Huntinghon, Lincoln y Winchester, que recibieron cartas de privilegio de Enrique I y Enrique II, en cambio de las cuales se comprometieron á pagar un tributo anual á la Corona, que en muchas ocasiones les auxilió en la lucha sostenida con los burgueses de las ciudades, que no veían con buenos ojos que se sustrajesen los artesanos á su autoridad. Este apoyo no fué nunca gratuito; está probado que los reyes normandos eran meros *condottieri*, que así servían á las corporaciones ó á los burgueses, según mejor pagaban unos ú otros sus servicios militares. Por último, en los siglos XIII y XIV se declara la victoria por las *ghildas*, llegando á ser tan consideradas, que el mismo Rey Eduardo III se inscribió como miembro en una de ellas; ejemplo que imitaron después algunos de sus sucesores y no pocos nobles del Reino. Estas asociaciones no tuvieron un carácter cerrado en sus comienzos; el que prometía aceptar las cargas y someterse á los estatutos, era admitido como compañero; más tarde se registran corporaciones exclusivas que limitaban el número de sus miembros y prohibían á los artesanos no incorporados el ejercicio de sus oficios.

Proponíanse las *ghildas* de estos tiempos, dos fines principales: la buena confección de los productos y el bienestar moral y material de sus adherentes. A ello dedicaban los fondos sociales, compuestos de las cuotas de entrada, las multas y las cotizaciones de los asociados, eventuales primero, y sólo exigidas cuando se experimentaba la necesidad, como enfermedad, indigencia de los miembros, y regulares más adelante.

Por supuesto que no llegaban al grado de compañeros y no formaban desde luego parte de la asociación, los que no hubieren hecho un aprendizaje más largo que en las demás nacio-

Digitized by Google

nes europeas en donde existían corporaciones; como que duraba siete años.

Los estatutos de estas ghildas eran tan minuciosos y tan restrictivos como los de las corporaciones alemanas y austriacas que hemos detallado, llegando en alguno de ellos á lo que fué bastante raro en aquellas dos naciones, á fijarse el precio de la mano de obra por los *Wardens* ó maestros jurados; precedente que siguieron al pie de la letra ciertos reyes britanos; como lo comprueba la Ordenanza de Eduardo III, dada á raíz de la famosa peste negra, en la que prescribe «que todo individuo valido, hombre ó mujer, de menos de sesenta años, que no fuera comerciante, artesano, rentero ó cultivador, estuvieren en la obligación de trabajar la tierra si á ello fuera requerido, prohibiéndole expresamente exigir un salario superior al antiguo, y llegando hasta castigar con multa al propietario que benévolamente se le ofreciera. Eduardo III no se detuvo aquí, dos años después tasaba las retribuciones de los labradores, de los carreteros y de otros artesanos, al mismo tiempo que obligaba á los zapateros, á los sastres, á los herradores y á los silleros á someterse, en la práctica de sus oficios, á condiciones determinadas, castigando con severas penas á los contraventores. Ricardo II encargó á los jueces de paz que señalasen la tarifa á que debieran arreglarse los salarios de muchos obreros, y de tal modo exageró la misión intervencionista del Estado, que prohibió á todo artesano ó criado abandonar el *Hundred*, en donde moraban, sin un permiso que contuviera el nombre del lugar de su nuevo destino, y la época del retorno, decidiendo además que todo niño dedicado al trabajo del campo hasta los doce años, permanecería durante su vida entera infeudado á la agricultura.

Poco conocida la historia de los primeros tiempos del movimiento corporativo en Inglaterra, no podemos descender á mayores detalles; sin embargo de los estudios hechos (1) acerca

(1) Brentano, *Las ghildas de artesanos en la época presente*, Leipzig, 1872.—

Digitized by Google

de él, puede deducirse que entre las asociaciones de obreros inglesas y los gremios de Alemania, Austria y Francia, existen marcadas diferencias; tales son el no hallarse tan extendidas como en estos últimos países, el que no gozaban funciones legislativas, ni ejercían autoridad alguna por lo que respecta á la organización de la industria, que era regulada por el Estado á medios de órganos propios y el no disfrutar de privilegios tan extensos como los de los países nombrados.

Después del siglo XIII continúa afirmándose la acción reglamentaria del Estado sobre la industria, si no mediante leyes generales, por prescripciones particulares para cada rama del trabajo y para cada localidad. La tendencia que se descubre en todas estas disposiciones, principalmente hasta concluir el siglo XV, es la de proteger al consumidor contra los fraudes y astucias de los productores, asegurando la buena calidad y el justo precio de la mercancía.

A este fin se reglamentaron los pesos y medidas, se determinó las condiciones en que debía encontrarse el producto para la venta, se obligó el uso de la marca de fábrica, se tasaron los precios, y para hacer más fácil la inspección y más efectiva la responsabilidad de los artesanos, el Estado fomentó la organización de los gremios, aun cuando con un sentido liberal, porque apenas si estaban facultados para decidir acerca de las condiciones que debía reunir el que solicitaba el ingreso en ellos, bastando sólo ordinariamente justificar que había cumplido el tiempo de aprendizaje. La inspección acerca del cumplimiento de las medidas dictadas se encomendó á los jueces de paz y á las autoridades locales.

En el siglo XVI algunas corporaciones fueron investidas de esta facultad, sobre todo en lo relativo á la bondad del producto; pero fueron tan grandes los abusos, que hubo necesidad

---

Held, *Dos libros sobre la historia social de Inglaterra*, Leipzig, 1881.—Howell, *The conflicts of labour and capital*, Londres, 1878.—Schönberg, *Manual de Economía política*.

Digitized by Google

de privarles de ella, y únicamente algunas la conservaron por vía de privilegio.

Desde la segunda mitad del siglo XV regístranse prescripciones legales encaminadas á asegurar suficientes medios de subsistencia á los artesanos cuyos intereses se veían comprometidos por la competencia de los obreros extranjeros establecidos en el país, no sujetos á cargas de las corporaciones y tributos del Estado que agobiaban á los nacionales.

Bajo los primeros Tudores, Enrique VII (1485-1509) y Enrique VIII (1509-1547), la tutela del trabajo nacional, el intento de reservar el mercado interior á la producción nacional y de promover el desarrollo de las industrias de exportación, fué el principio dominante en la política industrial y comercial de Inglaterra. La nación que en el siglo XIX había de ser el más fuerte baluarte del libre cambio, dejóse influir en el XVI por los prejuicios que fueron natural consecuencia del monopolio del comercio de las Indias orientales en Italia, y el de las occidentales en España, y aspirando á vender sin comprar, según las doctrina de los Scaruffi, Serra, Adam de la Parra y Barbón de Castañeda, informó en el siglo XVI su política industrial en la protección de las artes nacionales y su comercio en el más puro *mercantilismo*, que tomó carne y vida en numerosos privilegios, de carácter monopolístico, concedidos á empresarios y corporaciones, á ciudades y condados. Dictáronse á este efecto infinidad de leyes, muchas de ellas contradictorias, imponiéndose por tal causa la necesidad de introducir un elemento de orden en tal cúmulo de disposiciones.

A esta obra intentó darle cima la célebre reina Isabel (1558 1603), en cuyo tiempo se realizaron grandes trabajos de unificación, entre los cuales merece mención especialísima el Estatuto que lleva su nombre, llamado también *Acta sobre el aprendizaje* (1562), que formalmente ha estado en vigor hasta pasado el año de 1814.

De él extractaremos las prescripciones más importantes. Ninguna persona podía ejercer un arte que requiriese cierta

Digitized by Google

habilidad técnica, ni ser empleada como oficial ni compañero, antes de verificar un aprendizaje de siete años á lo menos. Todo artesano, vecino de una ciudad ó residente en una localidad con derechos corporativos, ó habitante en un lugar de mercados, estaba facultado para tener aprendices durante el tiempo fijado, y á excepción de los hijos del maestro, no podían ingresar como aprendices los mayores de veintiún años, ni aquellos cuyos padres carecieran de toda clase de bienes.

En ciertas industrias debía existir proporción entre el número de aprendices y el de oficiales en interés de éstos, estableciéndose que el que quisiera tener tres de aquéllos, habría de ocupar, por lo menos, uno de los últimos. Nadie podría tomar á su servicio un operario por menos de un año, y ambas partes estaban autorizadas para rescindir el contrato, avisándose con tres meses de anticipación.

La jornada de trabajo se fijaba en doce horas durante el estío, y desde el despuntar el alba hasta la noche en invierno, con el intervalo de dos horas y media para comida y descanso en la primera de dichas estaciones, y de dos en la segunda. La tasa del salario había de ser establecida por los jueces de paz y los magistrados de la ciudad en las sesiones de Pascua de cada año; estas mismas autoridades eran competentes para entender en las controversias entre patrones y aprendices, y para ejercer la tutela de derechos de éstos.

Aun cuando, según la interpretación más seguida, se aplicaba la ley únicamente en las ciudades y localidades que tenían el derecho de establecer corporaciones y para las industrias existentes en 1562, época de su publicación, de hecho se extendió á todos los pueblos y á todos los ramos de la actividad económica productiva.

Ya reinando Isabel, el Parlamento consideró abusiva la concesión de monopolios y privilegios por parte de la Corona, y hasta el Alto Cuerpo dictó algunas medidas, dirigidas á impedir la continuación de tal exceso de atribuciones del Jefe del Estado; pero como, á pesar de todo, continuaba dominando el

Digitized by Google

abuso, en el reinado de Jacobo I, el Parlamento votó el Estatuto 21 (1629) (1), en el cual se declaraban nulas las concesiones hechas, ó que pudieran hacerse en lo porvenir, de autorizaciones, cartas, letras, patentes de monopolio para la venta, fabricación ó uso de productos del trabajo, reservándose la aprobación de las sucesivas á aquel Alto Cuerpo.

En Inglaterra venía ya de muy atrás una contradicción entre el que podemos llamar régimen nacional y el internacional de las artes del trabajo, ó sea entre la industria del país y el comercio de los productos en ella con el extranjero, puesto que mientras que desde el siglo XVI se afirma la política mercantilista ó de protección á todo trance en las relaciones del comercio de nación á nación, se delinea lo que después había de denominarse sistema del *laissez faire* en la organización legal de la industria de producción. Esto se acentúa con vigor en los siglos XVI y XVII; entonces las medidas prohibitivas, las disposiciones que eran directa consecuencia de la famosa teoría de la Balanza de Comercio, menudeaban; entretanto, en el régimen interno de las profesiones económicas, prevalecía la política liberal. Es verdad que son escasísimas, por no decir nulas, las derogaciones de las leyes anteriores, cosa perfectamente explicable en un pueblo tan respetuoso exteriormente de la tradición; pero en cambio, el desuso en que cayeron sus disposiciones las redujo á la más absoluta impotencia, y, por de pronto, en la lucha encarnizada de los gremios con la industria libre, de la grande con la pequeña fabricación, de los sostenedores de lo antiguo, con todos sus privilegios y limitaciones, con los propagandistas de lo nuevo, con su espíritu de libertad y de igualdad, el Estado supo mantenerse estrictamente neutral; de donde resulta ese extraordinario crecimiento de las industrias libres y ese casi aniquilamiento de las corporaciones.

*
* *

(1) Kleinschord, *La legislación de la Gran Bretaña*, pág. 58.

Digitized by Google

En los comienzos del siglo actual aparece Inglaterra como el portaestándarte de la libertad económica. El movimiento liberal que en el Estado hemos visto iniciado y gradualmente desenvuelto en las centurias anteriores, robustecido por la opinión pública, que, como es sabido, goza de toda su legítima influencia en el país británico, no se detuvo ya ante ningún género de preocupaciones, y no se contenta con que el no uso prive de eficacia á leyes que pugnan con las creencias y los hábitos de la época moderna, sino que pronuncia francamente su abolición. Así vemos desaparecer las antiguas disposiciones legales de carácter restrictivo, y así cae el Acta sobre el aprendizaje de 1562, francamente derogada por un Estatuto del tiempo de Jorge III (1814), como son abolidos formalmente los privilegios de las Corporaciones por la ley municipal de 1835, en cuyo art. 14 se establece «por cuanto en ciertas ciudades y localidades incorporadas se ha introducido por costumbre ó prescripto por especiales estatutos, que ninguna persona que no estuviera en posesión de las libertades cívicas ó no fuera miembro de una Corporación ó de una ghilda, no pudiera tener tienda abierta ó ejercer una profesión: todos estos privilegios exclusivos serán desde ahora suprimidos.»

Sin embargo, no se crea por esto, como suele acontecer muy de ordinario, que en Inglaterra el Estado es antirreglamentarista, no. Precisamente la práctica de la verdadera libertad exige del lado de la institución política garantías eficaces para los derechos de todos los ciudadanos. Inspirado, pues, en una política liberal, el Estado ha dictado múltiples disposiciones, encaminadas á proteger la libre realización de la vida de los individuos y de las asociaciones, y, por tanto, el ejercicio de las profesiones económicas sin perjuicio para nadie; cosa que resulta necesariamente de la práctica de la *verdadera* libertad. Por eso el Estado ha proveído por medio de leyes á la reglamentación de los privilegios industriales y de los derechos de autor, á proteger al público contra los establecimientos molestos é insalubres, contra los fraudes, los abusos y otros daños y

Digitized by Google

menoscabos, á asegurar un buen ejercicio de la industria, y, sobre todo, á establecer un sistema tutelar del operario.

Daremos rápida cuenta de las primeras, reservando un mayor espacio para las que recaen de lleno sobre nuestro asunto.

Gneist (1) resume dichas prescripciones en la forma siguiente: Para evitar y perseguir los *fraudes* se han dictado las Actas 6.ª y 7.ª de Guillermo IV, c. 37, que prescriben que los panaderos no podrán, bajo la pena de multa de cinco á diez libras esterlinas y la publicación del nombre del contraventor, vender pan sino al peso, excepto el llamado de lujo ó de fantasía; que habrán de tener á la vista del público las pesas y las balanzas; que el pan que no sea de grano deberá estar marcado con una M; que no podrá elaborarse este artículo después de la una y media de la tarde, ni venderlo en domingo. Se encarga á los jueces de paz que visiten *personalmente* de tiempo en tiempo las panaderías, para asegurarse del cumplimiento de estas disposiciones. Asimismo, según el Acta 36 de Jorge III, c. 85, los *molineros* han de tener á disposición de sus clientes balanzas con pesas contrastadas; exponer al público la tarifa de precios, y si se les requiere á ello, pesar el cereal y la harina que con él se ha obtenido, debiendo ser objeto de frecuentes visitas por parte de los funcionarios expresados. También son pertinentes al caso las Actas 42, de Jorge III, c. 38, y las 38 y 39 de Victoria, c. 62 *(Adulteration of food and drugsact)*, que señalan la penalidad en que incurren los que falsifican ó adulteran géneros alimenticios, bebidas, medicinas de uso interno y externo y otras análogas.

Para asegurar al público contra abusos y otros daños, ciertas profesiones están sujetas á rigurosas prescripciones, á inspecciones facultativas y algunas no pueden ejercerse sin previa autorización (la farmacia, la matanza de animales comes-

(1) *La Constitución comunal inglesa.—La Auto.—Administración.—Derecho administrativo.*—V. Además Stephens.—*Nuevos comentarios á las leyes de Inglaterra; 1883.*

Digitized by Google

tibles, la limpieza de chimeneas, las fábricas de pólvora y otros explosivos).

Las Actas 3 y 4, 27 y 28 de Victoria, c. 85, por ejemplo, sostienen preceptos sobre la construcción de chimeneas; prohiben tomar como aprendices á muchachos menores de dieciséis años y emplear en trabajos peligrosos á los que no hayan cumplido veinticinco, y determinan que estas industrias necesitan concesión de la policía.

Existen numerosas prescripciones enderezadas á introducir cierto orden y normalidad necesarios en el ejercicio de algunas industrias, v. gr., en la fabricación de ladrillos y tejas, de botones, de cuchillos, y en la industria lanera.

Para la instalación de establecimientos peligrosos, molestos ó insalubres, es preciso previa autorización.

Y en orden al respeto de determinadas prácticas religiosas, se ha establecido que, salvo escasísimas excepciones, no se permitirá trabajo alguno en los días festivos; por cierto que si la autoridad no es muy escrupulosa en esto, en cambio son rarísimas las contravenciones.

***

Lo que constituye verdaderamente para Inglaterra un título de honor; lo que le recomienda á la admiración por una parte, y por otra á la gratitud de cuantos sienten con el obrero, su desgraciada suerte, piensan con él que es preciso y urgente que salga de la situación angustiosa en que suelen á menudo colocarle las despiadadas pretensiones del capitalismo y quieren con él poner todos los medios que sean conducentes á conseguir que pueda gozar con la amplitud necesaria de las alegrías, gustos y placeres honrados, es su célebre legislación sobre las fábricas *(Factory acts)*. Desde que el siglo XIX comienza á alborear, se inicia en esta nación, la más civilizada, la más rica, la más industrial de Europa, una campaña legislativa en favor de la moralidad, de la educación, de la higiene, del buen

Digitized by Google

vivir del operario, que responde á un marcado movimiento de la opinión en este sentido.

Como en ningún otro país del mundo, estaba Inglaterra en condiciones de realizar esta gran obra legislativa. La experiencia industrial de algunos siglos, la práctica del *selfgovernment*, la política paternal de sus Gobiernos, la brillante pléyade de teóricos economistas que difundieron por todas partes las doctrinas de la ciencia, el desarrollo de la educación popular, y más que todo el espíritu práctico que la ha distinguido y la distingue, fruto de un conocimiento exacto de lo que significan en las nuevas leyes de la tradición y del progreso, colocaban á la nación insular en excepcionales circunstancias para realizar una empresa que exige tantos bríos y que ha de producir tan transcendentales consecuencias.

La lucha para formar la opinión acerca de la necesidad de las reformas que la legislación de fábricas entrañaba, fué, no obstante, formidable. Brentano, el eminente economista alemán, la describe de mano maestra en su libro la *Cuestión obrera* (1). «De un lado, dice, estaban los operarios teniendo á su frente algunos fabricantes radicales y algunos *torys* filantrópicos: del otro la gran mayoría de los industriales, de los liberales doctrinarios, y sobre todo, de los partidarios de la escuela llamada de Manchester. De parte de los obreros se advierte en esta lucha un heroísmo y un espíritu de sacrificio admirable, que la salvaje desesperación de algunos de *ellos* hizo resaltar: los fabricantes, por el contrario, empleaban cuantos recursos tenían á su disposición, que eran tantos como sus riquezas, para desnaturalizar la verdad é imponer silenció á las exigencias más imperiosas de la humanidad, y al mismo tiempo la escuela de Manchester invocaba los argumentos de Adam Smith contra la intervención del Estado, y en sombrías profecías hacía entrever un porvenir económico amenazador para Inglaterra, en el caso de que las leyes sobre las fábri-

(1) Brentano, *La question ouvière*, tr. de L. Caubert; Paris, 1885.

Digitized by Google

cas fueran votadas. Los fabricantes defendían palmo á palmo sus industrias contra las reclamaciones de los obreros, y en cada una de ellas, los obreros hubieron también de luchar con tesón para proteger á sus mujeres y á sus hijos contra la desvergonzada rapacidad de los patronos. Pero la resistencia obstinada de los fabricantes exigiendo que en cada clase de fabricación se hiciera la prueba de que la legislación era necesaria, sirvió para convencer á la opinión de la situación espantosa en que los artesanos se encontraban, y para demostrar el absurdo de la doctrina de la escuela de Manchester.»

Puede decirse que desde 1802 no se ha cesado de promulgar disposiciones reglamentando las horas de trabajo, las tareas de las mujeres y de los niños, la higiene y salubridad de los talleres, y estableciendo y reforzando la inspección gubernativa para velar porque las leyes tuvieran plena aplicación. Durante los primeros treinta años de este siglo, las prescripciones fueron letra muerta casi por defecto de la inspección: los Tribunales locales encargados de designar las personas que habían de ejercerlas, descuidaban de intento ó por pura negligencia del cumplimiento de su deber, y la ley estaba de hecho abrogada.

En 1833 se revertió esta facultad al Gobierno, y entonces, á pesar de la insuficiencia del personal, se logró algún resultado; no obstante el celo que ponían tales funcionarios en el ejercicio de sus funciones, todavía los fabricantes encontraban medio de burlar la ley, sobre todo en cuanto á las horas de trabajo de cada día, y hubo precisión de que se produjera un formidable movimiento en las elecciones de 1839, para que pocos años después, en 1844, se dictara la segunda gran ley de las *Factory acts*, que reforzó considerablemente el poder de los inspectores, y consiguió impedir el fraude de los falsos relevos, exigiendo que la duración de la tarea obrera encomendada á los niños y á los jóvenes comenzara á contarse desde el momento efectivo del principio de su trabajo, y determinando que éste no pasara en las industrias reglamentadas, de doce horas.

Digitized by Google

En 1850 se promulga el Acta que se ha llamado, no sin razón, la *Gran Carta* de la legislación industrial de Inglaterra. En ella, que fué consecuencia del bill de Sir George Grey, se fija la duración de la jornada, para los jóvenes y las mujeres en la industria textil, en diez horas y media: en cuanto al trabajo de los niños continuaba en vigor la de 1844. Es muy importante observar que al establecer este número de horas para las categorías de obreros protegidos, virtualmente venía á determinarse la misma para los adultos; porque siendo las operaciones industriales estrechamente conexas, es imposible en la práctica hacer que trabajen en el taller un grupo de obreros cuando los otros están ya en libertad.

Desde 1850 á 1864 la reglamentación no se aplica más que á la industria textil. Cierto es que en 1845 se había dictado una ley sobre el trabajo de las imprentas, y en 1860 se votaron Actas acerca de las condiciones de las labores en el lavado y la tintorería; pero como se autorizaba el trabajo en horas suplementarias, no cabe duda de que aquellas disposiciones quedaron sin efecto.

En 1864, á consecuencia de un dictamen de la Comisión parlamentaria del trabajo de los niños, se hizo extensiva la legislación vigente á otras industrias, por ejemplo, á las manufacturas de porcelana, de cartuchos, de cápsulas, etc., y tres años más tarde se amplió la lista. El año de 1867 es próvido en la materia, pues que en un día se publicaron dos nuevas leyes, la *Extension act* y la *Workshop act.*

***

De intento destinamos un artículo especial á la exposición de lo que no dudamos en calificar de ley orgánica del trabajo en Inglaterra: aludimos al *Acta 41 de Victoria*, fecha 27 de Mayo de 1878, en la que fueron comprendidas y coordinadas, ó, como dicen los ingleses, *consolidated*, todos las actas precedentes pro-

Digitized by Google

mulgadas durante los setenta y seis años del siglo actual que precedieron al en que se publicó la ley á que aludimos.

Disposiciones concernientes á la protección de la vida y de la salud de los operarios.—Las fábricas y los talleres deberán estar siempre convenientemente limpios y ventilados (art. 3.º). Siempre que un inspector hiciera constar una omisión punible ó que diera lugar á una medida coercitiva con arreglo á las leyes de sanidad pública, en cuanto se refiera á cuidado de canales subterráneos, letrinas, depósitos de inmundicias, servicios de aguas, informará de ello á la autoridad de la localidad, que dictará las órdenes convenientes para asegurar la observancia de la ley (art. 4.º). Los montantes bajo los cuales haya precisión de pasar ó de trabajar, los volantes y transmisiones de las máquinas, y en general las diferentes partes de las mismas, estarán provistas de las defensas necesarias; los engranes se aislarán de los sitios por donde circulen los obreros por los medios más adecuados. Los órganos de transmisión serán colocados de modo que aquéllos no estén más expuestos que lo estarían si se los proveyera de una cubrición á propósito (art. 5.º). Cuando el inspector observe que en una fábrica de motor mecánico, uno de sus órganos, al cual no sean de aplicar las disposiciones anteriores, constituya por falta de la conveniente defensa, un peligro para los operarios, requerirá por escrito al patrono para que le ponga en estado de inocuidad. Este podrá solicitar que se remita la cuestión á árbitros. Si éstos deciden que no es necesario ó posible aislar el mecanismo, el requerimiento quedará sin efecto y correrán á cargo de la administración todos los gastos: si el patrono no acepta el arbitraje ó no nombra juez de su parte, ó si los árbitros deciden que es posible y necesario poner á la máquina en el estado propuesto por el inspector, entonces el patrono habrá de atemperarse á la resolución del inspector, ó conformarse con la sentencia arbitral, aun cuando sea modificativa de la decisión de aquél (artículo 5.º). En el caso de que el inspector advierta que un establecimiento industrial (fábrica ó taller), en el cual trabajan

Digitized by Google

niños menores de catorce años ó adolescentes (de catorce á dieciocho), existen aparatos que puedan poner en peligro su vida, requerirá al patrono para que tome las precauciones oportunas (art. 7.º). Se prohibe que los niños limpien en las fábricas de motor mecánico, las piezas del mecanismo cuando esté en movimiento. Los adolescentes y las mujeres (casadas ó no) no podrán ser destinadas á limpiar los órganos de transmisión ú otras piezas análogas mientras estén en funcion las máquinas: tampoco trabajarán en el espacio comprendido entre las partes movibles de las máquinas automáticas que se encuentren en movimiento. Si una persona es muerta ó herida por culpa de un patrón que no hubiere procurado el aislamiento de los mecanismos peligrosos, se impondrá á éste una multa hasta de cien libras esterlinas, aplicables en todo ó en parte á indemnizar á la persona lesionada ó á la familia del difunto, ó á otro cualquier fin determinado por el Secretario de Estado (art. 82.)

Disposiciones relativas al trabajo de los niños y de las mujeres. —En las industrias textiles habrá de someterse su trabajo á las reglas siguientes: durante la semana, excepto el sábado, la jornada comenzará á las seis ó á las siete de la mañana, según las estaciones, y terminará á las seis ó á las siete de la tarde: el sábado, si el trabajo empieza á las cinco de la mañana y se les da á los obreros una hora de descanso, la tarea en las fábricas cesará á la una del día, y fuera de ellas á la una y media; cuando el descanso sea menor de una hora en las fábricas, concluirá el trabajo á las doce, y en los demás talleres á las doce y media; si comienza á las siete de la mañana el trabajo en las fábricas, terminará á la una y media, y fuera de ellas á las dos de la tarde. El descanso se contará dentro de las horas de trabajo, y será el sábado de media hora por lo menos, y los demás días de dos horas, una de ellas precisamente antes de las tres de la tarde. Los muchachos y las mujeres tendrán media hora de descanso cada cuatro y media de tarea (art. 11). Los niños no podrán ser empleados más que

Digitized by Google

media jornada en cada día ó una entera cada dos. Esta media jornada comenzará, salvo el sábado, por la mañana á la misma hora que la de los muchachos, para concluir al mediodía ó cuando más á la una, y por la tarde empezará á estas horas y terminará á la misma que la de aquéllos. El sábado será igual para unos y otros. No se obligará á los niños á trabajar por la mañana ó por la tarde dos semanas consecutivas, ni dos sábados seguidos, ni el sábado cuando durante la semana hubieran ejecutado una labor durante cinco horas y media seguidas. Los niños que trabajen el día entero, no podrán hacerlo dos consecutivos, ni los mismos días en dos semanas seguidas. En ningún caso se les obligará á trabajar, sin descanso, más largo tiempo que los muchachos (art. 12). En otras fábricas que no sean las de hilados, la jornada de trabajo de los jóvenes y de las mujeres, y en los talleres, la de los primeros, estará comprendida entre las seis ó las siete de la mañana é iguales horas de la tarde, y el sábado desde dichas horas á las dos. Los períodos de descanso durante el día serán de hora y media, distribuídos en la forma antedicha. Después de cinco horas de labor, habrá media de descanso (art. 13). Los niños no trabajarán más que medio día; pero cuando se conceden en el establecimiento dos horas de reposo en el día, entónces podrán hacerlo á jornada entera en días alternos. Respecto al comienzo y fin de sus labores, rigen las disposiciones de que hemos hecho mención más arriba, lo mismo que en cuanto á la alternativa de días y de semanas (art. 14).

En los talleres en que trabajen mujeres, niños y muchachos, la duración y las condiciones de la tarea serán para las primeras iguales que para los últimos. En aquellos en donde trabajen ellas solas, la jornada podrá comenzar á las seis de la mañana y concluir á las nueve de la noche, exceptuando el sábado, que terminará á las cuatro. Dentro de este tiempo gozarán de cuatro horas y media de libertad y el sábado de dos y media. No podrán emplearse niños y muchachos en un taller sino con aviso del patrono al inspector (art. 15). El Secre-

Digitized by Google

tario de Estado, previa justificación, autorizará, en las industrias de motor hidráulico, por orden especial, que el trabajo de aquéllos comience á las seis de la mañana y concluya á las siete de la tarde, cuando sufra interrupciones por sequía ó inundación; pero no podrá reducirse el tiempo de descanso. La autorización no se extenderá á más de noventa y seis días al año, en caso de interrupción por sequía, ni á más de cuarenta y ocho en el de inundación, ni en ningún caso á más días que los perdidos durante los doce últimos meses (art. 57).

No regirán las prescripciones anteriores en los establecimientos industriales instalados en locales que sirvan al propio tiempo de habitación y en donde trabajen solamente los miembros de una misma familia y no se empleen motores mecánicos. En éstos la jornada de los jóvenes puede comenzar á las seis de la mañana y concluir á las nueve de la noche, y el sábado á las cuatro y media. Los jóvenes habrán de disfrutar durante el día de un descanso de cuatro horas y media, y el sábado de dos y media. Los niños trabajarán desde las seis de la mañana hasta medio día, ó desde esta hora á las ocho de la noche, y el sábado hasta las cuatro de la tarde, guardándose las mismas prevenciones que en las fábricas respecto á la alternativa de los trabajos y descansos (art. 16).

Salvo una excepción formal, deben ser las horas de comida iguales para los niños, los muchachos y las mujeres empleados en un establecimiento industrial. Ninguno de ellos podrá en estas horas dedicarse al trabajo en la fábrica ni permanecer en ella (art. 17).

Los patronos están obligados á fijar en los sitios más públicos de su establecimiento las prevenciones de la ley respecto á la duración de la jornada y á las horas de comer, así como el régimen que entre los dos mencionados elijan para el trabajo de los niños. Una vez adoptada una regla, no se podrá variar sin previo aviso por escrito del inspector y anuencia á los operarios, ni será modificada más de una vez dentro de un período

Digitized by Google

de tres meses; el inspector está autorizado para conceder excepciones fundadas en esta prescripción (art. 19).

No se admitirá en los establecimientos industriales niños menores de diez años (art. 19).

Por regla general, lo mismo éstos que los muchachos y las mujeres no trabajarán los domingos (art. 21). Los jóvenes menores de dieciséis años y los niños no podrán trabajar en una fábrica más de siete días, ó de trece, en el caso de que el médico resida á una distancia mayor de tres millas, si el patrono no se provee de certificado en el cual conste que tienen el suficiente desarrollo para dedicarse á las operaciones á que en ella van á ser destinados (art. 27). Cuando el inspector crea que un niño ó un joven menor de dieciséis años no se halla físicamente constituído para trabajar diariamente durante el tiempo legal en la fábrica ó taller, puede ordenar al patrono que le releve de su tarea de uno á siete días, debiendo éste obedecer el mandato, en tanto que el médico no certifique haciendo constar su parecer contrario al del inspector (artículo 39).

Disposiciones relativas á la instrucción de los niños empleados en las fábricas.—Los padres de éstos, los tutores y los que en general tengan á su cargo la guarda legal de los menores, deben obligarles á matricularse y asistir á una escuela oficialmente reconocida *(recognised efficient School)*, entendiéndose por tales las escuelas públicas elementales, calificadas en las leyes de 1870 y 1873 sobre educación elemental; las de los *workhouses*, declaradas suficientes por el *Local-government board;* las elementales, señaladas por el *Education department*, y las de distrito, que los inspectores consideren como completas (artículos 23, 95, 96). El niño que trabaje medio día asistirá durante el otro medio á la escuela; el que trabaje uno entero asistirá á ella en los dos que medien entre los de tarea en la fábrica. Las clases comenzarán á las ocho de la mañana y concluirán á las seis de la tarde, con los intervalos convenientes. No estarán obligados á concurrir á la escuela en los días ó

Digitized by Google

medios días de vacación que les den los patronos. El niño que hubiera faltado á la clase obligatoria, será dispensado en la semana siguiente de tantos días de trabajo cuantos fueron los que dejó de asistir á la escuela (art. 23). El patrono que emplee niños en una fabricación se proveerá de un certificado semanal del director de la escuela, en donde conste que asisten á la escuela en los días de obligación. Estos certificados serán exhibidos siempre que el inspector lo requiera (art. 24). El maestro de la escuela adonde asistan niños empleados en una fábrica podrá reclamar del patrono el pago de su honorario semanal por cada alumno, que no excederá de tres peniques, ó de la duodécima parte de su salario, y en este caso el patrono lo descontará del que entregue al niño obrero (artículo 25).

Disposiciones reglamentarias del Cuerpo de inspectores de la industria nombrados y dirigidos por el Secretario de Estado.—La ejecución de lo consignado en el *acta* que extractamos está confiada á dichos funcionarios. No pueden pertenecer al Cuerpo los patronos ó empleados ó los que tengan un interés directo ó indirecto en una fábrica, taller, industria ó comercio, ó en el privilegio de invención que se trate de inspeccionar. Dichos funcionarios serán dispensados de todo servicio parroquial ó municipal. Deben redactar anualmente informes de sus tareas, que serán sometidos á las dos Cámaras (art. 67).

Los inspectores están autorizados para entrar de día y de noche en todos los locales de las fábricas y de los talleres en donde tengan motivos para suponer que se trabaja, y de día en cuantos sitios crean que deban considerarse como fábricas ó talleres; para hacerse acompañar de un *constable* cuando presumen que han de encontrar oposición; para requerir la exhibición de registros, certificados y otros documentos prescriptos por la ley, examinarlos y sacar copia; para verificar cuantos actos de investigación fueran conducentes á averiguar si la ley se cumple; para entrar en las escuelas á donde asisten los niños que trabajen en las fábricas; para examinar, solos ó en presencia

Digitized by Google

de otros, á las personas que se encuentre en una fábrica, taller ó escuela y que tengan motivos para suponer que sean empleados en ellos; obligarles á que contesten á sus preguntas, y certificar, bajo su firma, de la verdad de las indagaciones practicadas; y finalmente, para cuanto consideren conveniente á fin de procurar la ejecución de la ley. Los patronos y sus agentes ó representantes están obligados á suministrar á los inspectores cuantos medios soliciten de ellos para llevar á completo término su comisión. El hecho de oponer dificultades al ejercicio de las funciones anejas al cargo de inspector, será castigado como delito, con una multa (art. 68). No obstante las anteriores disposiciones, los inspectores no podrán entrar, sin permiso del dueño, en los locales que sirvan al mismo tiempo de fábrica ó de taller y de habitación, á no llevar autorización escrita del Secretario de Estado, ú orden de un juez de paz, expedida á consecuencia de *affidavit* ó de declaración producida y discutida en juicio. Si de él apareciere que hay motivos para sospechar una violación de la ley industrial, el juez podrá autorizar al inspector para entrar en dichos locales hasta por término de un mes (art. 69). Los inspectores, de acuerdo con las instrucciones del Secretario de Estado, nombrarán los médicos necesarios para la ejecución de los preceptos de la ley (artículo 72).

En todo establecimiento industrial se fijarán á la entrada y en los demás sitios designados por el inspector carteles fácilmente legibles, que deben contener: las disposiciones de la ley, el nombre y domicilio del inspector del establecimiento las mismas indicaciones respecto al médico comisionado para la circunscripción, el reloj que ha de servir para señalar las horas de trabajo y de descanso. Las contravenciones á este precepto serán penadas con multa hasta de 40 chelines (art. 73).

El patrono de una fábrica deberá, dentro del mes en que comience á ejercer su cargo y bajo la pena de cinco libras esterlinas, dar conocimiento al inspector de la denominación y situación de la fábrica, dirección de las cartas que hayan de

Digitized by Google

remitírsele, naturaleza del trabajo, especie y fuerza del motor mecánico y razón social del establecimiento (art. 75).

Los patronos de los establecimientos en donde trabajen niños, muchachos ó mujeres, incurrirán, por contravenciones á la ley, en multa de tres libras esterlinas, ó cinco si las infracciones fueran cometidas de noche; se rebajarán á una y dos respectivamente cuando se trate de talleres domésticos. Serán castigados con multa hasta de 20 chelines los padres de los niños ó de los jóvenes empleados en un establecimiento industrial, en donde no se observen las prevenciones legales, salvo que probaren que no han tenido parte en las contravenciones, y los que no manden á sus hijos á la escuela conforme á la ley (art. 78).

***

En el país en donde más ha preocupado la cuestión de la protección legal del obrero no había de quedar irreglamentado algo que afecta de un modo directo á su salud y vida; nos referimos á la responsabilidad de los patronos por lo que toca á los daños que sufran los operarios que emplean.

Una ley de Carlos II, mera reproducción de antiguas costumbres feudales, declaraba responsable al empresario de cuantos perjuicios pudieran ocasionarse á las personas que estuviesen á su servicio, aun cuando no fuera á su presencia, ó el *sirviente* no hubiera sufrido el daño en el cumplimiento de sus funciones, ó aun cuando le ocurriera desobedeciendo las órdenes recibidas. A esta exageración de la ley respondieron, andando el tiempo, exageraciones en sentido contrario de la jurisprudencia de los tribunales y hubo necesidad de que tantas injusticias y contradicciones cesaran, para lo cual se dictó el Acta 43 y 44 de Victoria, c. 42, que lleva por título: *An act o extend and regulate the hability of employers to made compensation for personal injuries suffered by workmen in their service*, promulgada en 7 de Septiembre de 1880, cuyas principales disposiciones son las si-

Digitized by Google

guientes: al operario que ha sufrido daño ó en caso de muerte, sus causahabientes tienen derecho á indemnización, si ha sido consecuencia de defecto en el modo de trabajar ó en el material empleado, de negligencia en la dirección de las labores por parte de los contramaestres ó jefes, de hechos de cualquiera persona empleada al servicio del patrono y á cuyas órdenes se encontrara el operario en el momento del accidente, siempre que fuera resultado del mandato de aquéllos, de hechos de una persona empleada por el patrono que hubiera obrado en conformidad con el reglamento de la fábrica ó en ejecución de órdenes dadas á alguno en quien el patrono delegara su autoridad, de negligencia de una persona encargada de las señales ó de la conducción de convoyes ó máquinas en los ferrocarriles (art. 1.º). No se debe indemnización: si los defectos en el modo de trabajar ó en el material empleado no pudieran ser descubiertos y reparados por el patrono ó sus agentes; si los reglamentos que fueron causa del daño hubieran sido aprobados por el Secretario principal de Estado, el Ministro de Comercio ú otro Centro oficial en cumplimiento de actas del Parlamento; si el operario herido, conociendo lo que motivó el daño, no lo hubiera advertido al patrono ó á su representante, á no ser que supiera que ya tenían noticias de ello (art. 2.º). La indemnización no podrá exceder del importe del salario trienal de un obrero de la igual profesión que trabajase en el mismo distrito (art. 3.º) (1).

---

(1) En inmediata relación con esta legislación sobre responsabilidad están los dos bills Plimsolls, que hoy tienen fuerza de ley desde 1880; uno por el que se exige á todo armador de buque la necesidad de señalar con una línea muy perceptible el punto hasta donde han de llegar las aguas en el casco, á fin de evitar que la excesiva carga pueda poner en peligro la vida de los tripulantes, y el otro que prohibe la carga á granel de los cereales en los barcos, previniendo que se le estive en sacos ó cajas con el fin de evitar los muchos naufragios que ocurre á consecuencia del desequilibrio que produce la inclinación repentina de la carga á un costado ó á otro por la violencia de los golpes de mar.

Digitized by Google

Un aspecto interesantísimo de la legislación obrera en Inglaterra es el relativo al derecho de coalición de los operarios. Sabido es en este país, en donde la iniciativa del ciudadano raya muy alto, se ha llegado á practicar en grado supremo la asociación para conseguir fácilmente la realización de los diferentes fines humanos. No es maravilla, pues, que ya desde muy antiguo, convencido el obrero inglés de que la unión hace la fuerza, haya empleado el procedimiento asociativo para procurarse las mayores ventajas en la vida de privaciones que desde antiguo venía sufriendo.

De esta necesidad de rebajar las horas de trabajo, de elevar la cuota del salario, surgieron en primer término las famosas *Trades Unions*, de historia tan conocida, que no es preciso molestar al ilustrado lector con la reproducción de lo por él de sobra sabido, quizá olvidado.

Nosotros, en cumplimiento de nuestros propósitos, hemos de ocuparnos meramente de cómo la ley inglesa, primero refractaria á cuanto significara asociación de obreros para influir en las condiciones del contrato de trabajo, llegó después á reconocerles este derecho elemental que tiene todo propietario en determinar por su parte el precio de lo que enajena ó alquila.

Una legislación que remontaba á Eduardo III, y que fué confirmada por numerosos estatutos de la época de los Jorges, prohibía terminantemente las coaliciones de obreros para la defensa de sus intereses, infligiendo terribles penas á los contraventores. Esta bárbara legislación fué seguramente causa de los sangrientos conflictos que ocurrieron entre fabricantes y obreros desde 1805 á 1824. Reconocido así por el Parlamento, dictó las Actas de 1824 y 1825, aboliendo la que había producido tan honda perturbación; pero sin embargo de que consideraban legales las asociaciones denominadas *Trades Unions*, no les reconoce la personalidad civil, y sus bienes quedaban sin protección alguna. Se abrió un largo período de trabajo en favor de dicho reconocimiento, que no duró menos de cincuenta años. Una ley subsiguiente estableció que se permitiera ins-

Digitized by Google

cribirlas en el registro especial en la misma forma que la *Friendly Soneties*, con la única reserva de que sus estatutos no contuvieran nada de ilegal, y abroquelados con la opinión de eminentes jurisconsultos, como sir A. Cockburn, más adelante *Chief Justice*, y del barón Rolfe, que había sido *Lord Chancelier*, con el nombre de lord Cranworth, los unionistas no podían imaginarse que el hecho de declararse en huelga pudiera estar comprendido en aquella reserva. Una sentencia del *Banco de la Reina* vino á sacarles de su lamentable error, al declarar culpables de *Conspiracy* (delitos de obstrucción del comercio) á los jefes de la huelga de los sastres.

Después de diversas peripecias se promulgó en 30 de Junio de 1876 el Acta 33 y 36 de Victoria, c. 31 *(to amend the law relating to Trades' Unions)*, que declara completamente legales estas sociedades y las define: «toda combinación temporal ó permanente realizada para regular las relaciones entre operarios y patronos, ó entre operarios y operarios, ó entre patronos y patronos, ó para imponer convenciones que restrinjan el ejercicio de cualquiera industria, que sin la presente Acta serían consideradas ilegales, como que oponen obstáculo á la práctica de aquélla». Dispone que no puede ser perseguida en juicio ninguna persona por pertenecer á una *Trade' Union*, aun cuando se propusiera *obstruir* una industria (art. 1.º); que no obstante su carácter, serían válidos los contratos civiles celebrados entre sus miembros (art. 3.º). Sin embargo, no podrá ser reclamada en juicio la ejecución de cláusulas estatutarias concernientes: 1) á la obligación contraída por los socios de vender ó no vender sus bienes, de aceptar ó de rechazar ciertos empleos ó ciertos géneros de trabajo: 2) al pago de multas: 3) á las disposiciones adoptadas por las *Uniones* de aplicar sus fondos, ya sea en ventaja de los socios, ya en socorro de los operarios que, sin ser socios, obren en conformidad con sus reglas ó resoluciones: 4) al pago de multas acordadas judicialmente: 5) á las medidas adoptadas por *Uniones* análogas: 6) á las decisiones tomadas para la ejecución de las disposiciones

Digitized by Google

precedentes. Ninguna de estas cláusulas será, no obstante, considerada como ilegal (art. 4.º). Las *Uniones* registradas están autorizadas para comprar ó tomar en arriendo tierras que no excedan de un acre; pueden vender, permutar, hipotecar y transigir. Los que contratan con los administradores *(trustees)* de tales asociaciones, no están obligados á pedirles que justifiquen sus poderes y los recibos que dichos funcionarios expidan tendrán efectos liberatorios (art. 8.º). Los trustees son responsables de las sumas que hayan recibido por cuenta de la *Union*, pero no de las faltas que se adviertan en sus cajas sociales (artículo 11). Se imponen penas á los miembros ó á los extraños que retengan indebidamente ó distraigan fondos á ellas pertenecientes (art. 13).

Al lado de estas disposiciones, que son verdaderamente protectoras del derecho del obrero, conviene anotar las que corrigen los abusos en que pueden incurrir al practicarlos. Se contienen en dos actas, la 34 y 35 de Victoria, c. 32 *(to amend the criminal law relating to violence, threatsband molestations)*, dictada en 29 de Junio de 1871, y la de 13 de Agosto de 1875 (Acta 38 y 39 de Victoria, c. 86): *For amending the law relating to the conspiracy and of the protection of property and fur other purposes*. Por la primera, se castiga con la pena de prisión, hasta de tres meses, á los culpables: *a)* de violencia contra las personas ó la propiedad: *b)* de amenaza ó intimidación perseguible ante el juez de paz: *c)* de intimidación á las personas en las siguientes formas: 1) coacción para obligar á un patrono á despedir á un operario ó empleado, ó para obligar á éstos á abandonar á su patrono, dejando el trabajo sin concluir: 2) cerca de los patronos ú operarios para impedir la oferta ó aceptación del trabajo, ó para obligar á un patrono ó á un obrero á entrar ó á salir de una *Union:* 3) ó para que pague una multa impuesta por ella: 4) ó para obligar al patrono á modificar los procedimientos que siga en su industria ó cambiar de personal. Considéranse como molestias: seguir á una persona: ocultar los instrumentos, vestidos ú otros objetos para impedir el

Digitized by Google

uso de ellos al propietario: vigilar las cercanías del lugar donde trabajen los operarios ó seguir á alguno, solo ó acompañado, de un modo persistente.

La segunda de las actas mencionadas interpreta y aclara la anterior, y para ello establece: que cualquiera acuerdo ó concierto entre dos ó más personas para iniciar ó sostener una cuestión relativa al trabajo entre patronos y operarios, no podrá ser perseguida en juicio como coalición *(conspiracy)*, sino cuando el mismo acto, cometido por una sola persona, sea punible (art. 3.º). El empleado ú obrero de un municipio, empresa ó sociedad privada que trabaje en las operaciones necesarias para el suministro de agua ó gas de una ciudad entera ó de un barrio, que rompa voluntariamente su contrato con la empresa, sabiendo, ó abrigando motivo racional, de que ha de tener por consecuencia probable su acto la carencia de aquellos indispensables artículos, será castigado con prisión que ha de durar tres meses (art. 4.º). Incurrirá en igual pena el que en las mismas circunstancias ponga en grave peligro la vida humana ó la propiedad (art. 5.º). Con idéntica pena será castigado todo el que injustamente *(wrong fully)*, y sin razón, para obligar á alguien á hacer lo que tiene derecho de omitir ó á omitir lo que tiene derecho á hacer, emplea violencia ó amenaza contra él, sus hijos ó sus bienes, sigue con persistencia á alguno, oculta sus utensilios ó vestidos, se los destruye ó le impide servirse de ellos, espía ó asedia la casa ó las cercanías en donde viven, trabajan, ejercitan sus industrias ó se encuentren por casualidad otras personas, ó finalmente, si los siguen en la vía pública en forma tumultuosa.

***

En el pais de Mundella y de Kettle, que fueron, como si dijéramos, los apóstoles de la conciliación y del arbitraje para prevenir las luchas de los capitalistas con los obreros, hasta el punto de haber dado el nombre á dos sistemas distintos,

Digitized by Google

pero que conducen al mismo importantísimo fin, no era posible que hubiera dejado de legislarse, para dar suficiente garantía jurídica á usos establecidos que produjeron excelentes resultados en los frecuentes conflictos que, como en nación genuinamente industrial, estallaban entre patronos y operarios.

En Inglaterra se distingue en la práctica la conciliación *(conciliation)* del arbitraje *(arbitration)*. El primer procedimiento consiste en nombrar representantes de los patronos y de los obreros para que resuelvan de común acuerdo la cuestión, sometiendo después la decisión á la aprobación de los unos y los otros: de este modo corresponde á cada una de las dos partes el juicio definitivo de la controversia. En el arbitraje, los patronos y los obreros eligen, por partes iguales, un consejo de árbitros (presidido por el tercero *umpire)*, que decide inapelablemente el litigio, sin que su sentencia sea sometida á la ulterior sentencia de los interesados.

Desde muy atrás viene la legislación inglesa intentando regular la materia del arbitraje. La primera ley acerca de ella parece ser el Acta 20 de Jorge II, c. 19 (1747), que concedía á los jueces de paz una jurisdicción sumaria en las cuestiones que se suscitaran entre patronos y operarios con motivo de contratos de trabajo de más de un año de duración. Jorge II, en su Acta 31, c. 11 (1758), extendió las disposiciones de la anterior á los obreros agrícolas. Después de algunas otras disposiciones del siglo pasado, nos encontramos con el Acta 43 de Jorge III, c. 151 (1803), que autorizaba á los jueces de paz para nombrar árbitros que entendieran en las controversias que surgieran en la industria textil y sus afines. Jorge IV, Acta 5.ª, c. 96 (1825), reglamenta el arbitraje con carácter general. Esta ley, que se refiere á todas las industrias, se debe á las recomendaciones al Comité de la Cámara de los Comunes, que en 1824 dirigió las informaciones sobre la industria. Según dicha Acta, los jueces de paz designaban los árbitros, escogiéndolos por partes iguales en las clases de patronos y obreros; pero para fijar el salario era preciso el consentimiento expreso

Digitized by Google

de las partes. Ya más cerca de nuestro tiempo, la Reina Victoria sancionó el Acta 30-31, c. 105 (1867), que se llama de lord *Saint-Leonard*. Según ella, el Ministro del Interior tiene facultad para autorizar, á petición de los empresarios y de los obreros, la constitución de un Consejo electivo, compuesto de dos á diez miembros y de un presidente que no pertenezca á la clase industrial. El Consejo se compone de patronos y obreros por partes iguales y juzga inapelablemente, á tenor del Acta de 1825. Sus sentencias son ejecutorias, y no se admiten ante el Tribunal procuradores y abogados sin el consentimiento de los interesados. Tampoco este Consejo tiene competencia para fijar el salario y se limitan sus poderes á casos importantes de controversia entre patronos y operarios.

Por último, existe la *arbitration Act* (35 y 36 de Victoria, c. 46, 1872), que es la consagración oficial del sistema de *Kettle* y, por consiguiente, de los Consejos de conciliación. A tenor de esta ley los capitalistas y los obreros pueden convenir en confiar al arbitraje de una ó más personas ó de un consejo, las cuestiones sobre el salario, horas ó condiciones del trabajo ó sobre otro punto previsto ó imprevisto. Los árbitros tienen pleno poder para resolver el litigio y aplicar las multas pactadas, debiendo pronunciar la sentencia en el término de veintiún días. Para evitar toda sorpresa, el Acta establece que el patrono remita al operario un ejemplar impreso del contrato, y éste, dentro de cuarenta y ocho horas, tiene derecho á aceptarle ó rechazarle. En el primer caso, es obligatorio para las partes durante el tiempo que permanece el obrero al servicio del patrono.

ADOLFO A. BUYLLA Y ALEGRE,
Profesor en la Universidad de Oviedo.

Digitized by Google

DERECHO MERCANTIL

CONSULTA

Los señores delegados de la mayoría de los accionistas de la Compañía de los Ferrocarriles de Puerto Rico, constituídos en Junta general, se han servido consultar á los Letrados que suscriben sobre varios puntos relativos á sus derechos y á la situación jurídica en que actualmente se encuentran, exponiendo al efecto los siguientes antecedentes, que resultan de los periódicos oficiales, de actas notariales y de otros datos que nos han facilitado, y de que se hace referencia á continuación.

Antecedentes.

El Consejo de Administración de la Compañía de los Ferrocarriles de Puerto Rico, había convocado á Junta general de accionistas de la misma para el día 27 de Diciembre de 1892, fijando como objeto de la convocatoria y de la orden del día el examen y discusión de los asuntos siguientes:

1.° De una proposición emanada de un grupo de obligacionistas.

2.° De la imposición de un dividendo pasivo, ó llamamiento de fondos sobre las acciones de la Compañía.

3.° De una proposición de arbitraje acerca de las cuestiones pendientes con la «Société d'Entreprises et de Constructions des Colonies espagnoles»; y

4.° Sobre las medidas que deben adoptarse para llevar á cabo la ejecución de los acuerdos.

Digitized by Google

Un grupo importante de accionistas, representando intereses franceses de gran cuantía, depositó un número considerable de acciones para asistir á la Junta, y el Consejo de Administración tuvo noticia de que dicho grupo aprovecharía esta ocasión para exponer sus agravios contra la Dirección de la Sociedad, así como las deplorables consecuencias que de ello podrían seguirse, y reclamar en la Administración de la Compañía una representación proporcionada á sus intereses.

Por la lista de las acciones depositadas pudieron comprender los miembros del Consejo que se consideraban aludidos, ó contra quienes se dirigían las reclamaciones, que iban á hallar en la Junta general contra sí una mayoría resuelta é invencible. Es de notar que la mayor parte de esos Consejeros Administradores no tienen más intereses en la Compañía que el exiguo número de acciones que constituye su fianza.

Convencidos de que no podían luchar contra esa mayoría, buscaron el medio de sofocar su voz, y el Sr. D. Ivo Bosch, uno de los individuos del Consejo de Administración, propuso en éste el aplazamiento indefinido de la Junta general, y el decretar desde luego el dividendo pasivo que era objeto de la convocatoria.

Ambas medidas parecieron arbitrarias é ilegales á otros Consejeros que, según parece, alegaron que desde el momento en que el Consejo había convocado la Junta general, ésta no podía ser aplazada más que por su propio acuerdo, y que habiéndose incluído por el Consejo la imposición del dividendo pasivo en la orden del día, no podía sustraerse á la deliberación y acuerdo de la Junta general la decisión de dicho punto. Y como insistiese el expresado Sr. Bosch en su propósito y especial manera de apreciar la cuestión, los Excelentísimos Sres. D. Alejandro Pidal y D. Joaquín María López Puigcerver, Presidente el uno y Vocal el otro del Consejo de Administración, hicieron en el acto dimisión de sus cargos por no asociarse á aquel acuerdo, siguiendo después su ejemplo los Sres. Duque de Sexto, Lastres y Guardia.

Digitized by Google

Estas significativas dimisiones no fueron bastantes á impedir que los otros miembros del Consejo, al cual fueron agregados con pretexto de reemplazar vacantes, y sin que se sepa si consignaron su fianza, los Sres. Zimmerman y Adleirstein, se detuvieran en la senda emprendida, y en sesión de 24 de Diciembre, casi en la víspera del día fijado para la reunión de la Junta general, votaron el aplazamiento indefinido de ésta y la imposición de un dividendo pasivo de 50 pesetas por acción, en la forma propuesta por D. Ivo Bosch, publicando estos acuerdos en la *Gaceta* oficial del siguiente día 25.

Es de advertir que este grave acuerdo no se comunicó, como dispone el art. 31 de los Estatutos, al Comité de París, al cual debía haberse remitido, según aquel precepto social, dentro de los tres días siguientes, una copia íntegra del acta de la sesión, lo cual motivó la protesta que uno de los miembros de aquel Comité dirigió al Consejo de Administración en telegrama de 26.

En el mismo día, un accionista, obrando en su nombre y á la vez como mandatario de otros muchos, se presentó, acompañado del notario D. Francisco Moragas, en las oficinas de la Sociedad para formular una protesta con ra el aplazamiento de la Junta general, y fueron ambos tratados con tal falta de cortesía, que ni aun se permitió al Notario extender allí el acta según de la misma resulta. Igual suerte cupo á dicho Notario cuando se presentó con otros dos accionistas á acreditar el propósito de éstos de entregar varias cartas dirigidas al Presidente del Consejo, por las que otros accionistas autorizaban á aquéllos para representarlos en la Junta general; y cuando dichos accionistas quisieron también depositar acciones en el Banco general de Madrid, designado para recibirlas hasta el día 26, no les fueron admitidas, contestándoseles que D. Ivo Bosch había prohibido recibirlas, todo lo cual se hizo constar en el acta que se levantó.

Llegado el día 27, señalado en la convocatoria del Consejo para la reunión de la Junta general, presentáronse acompaña-

Digitized by Google

dos del mismo Notario varios accionistas que representaban en junto 18.099 acciones de las 32.000 de que consta la Sociedad, en el domicilio social, Carrera de San Jerónimo, núm. 29, á la misma hora que fijaba el anuncio, con el propósito de asistir á la Asamblea. Hallaron la puerta cerrada, y habiendo llamado y manifestado el objeto que allí les llevaba y que se les permitiera pasar á las oficinas para celebrar la Junta, negáronse los porteros, únicos empleados de la Compañía que allí se encontraban, á franquear la entrada, á pesar de las protestas y reclamaciones de los socios, á quienes de este modo se prohibía la entrada en su propia casa.

Lo hicieron constar así los accionistas, regresando al estudio del Notario, donde á propuesta del representante de la Sociedad francesa «Crédito Mobiliario», constituyéronse en Junta general, considerando que allí estaba reunida la mayoría de los accionistas convocados conforme á los Estatutos, y que no pudiendo éstos prever las circunstancias extraordinarias en que se hallaban por los actos de violencia de que habían sido objeto, á falta de reglas que observar, era lo más urgente atender á la defensa de los intereses de la Sociedad. Verificado el cómputo de las acciones y la comprobación de la personalidad de los concurrentes, quedó constituída la Junta general, aplazando para la sesión del día siguiente el examen y acuerdo acerca de las cuestiones sometidas por el Consejo á la orden del día.

Fueron, en efecto, discutidas en la sesión del día 28 dichas cuestiones, y especialmente la relativa al llamamiento de fondos ó imposición de un dividendo pasivo, declarando que procedía aplazar por el momento toda decisión sobre ese punto hasta que fueran dilucidadas y resueltas las cuestiones á que da lugar la actual situación de la Sociedad y se logre reconstituir el negocio sobre sólidas bases, tomando en cuenta los intereses de los obligacionistas y de los demás acreedores. Fué, por tanto, anulado por la Junta, en virtud de las facultades soberanas que la incumben, el acuerdo adoptado por el Con-

Digitized by Google

sejo de Administración en 24 de Diciembre, publicado en la *Gaceta* del 25, respecto al dividendo de cincuenta pesetas por acción.

Las razones en que para ello se fundó la Junta fueron consignadas en el acta refrendada por el Notario, ante el cual se celebró la reunión.

Después de acordar sobre los puntos que de antemano estaban fijados como objeto de la convocatoria, la Junta general, tomando en consideración los hechos que quedan expuestos y que en su opinión revisten el carácter de abusos y violencias, resolvió retirar su confianza á los miembros del Consejo de Administración culpables de aquellos actos, cuyos nombres constan en el acta, y declaró la revocación de los cargos que desempeñaban, adoptando otros acuerdos, que no son objeto de esta consulta.

Con estos antecedentes se pregunta:

1.º ¿Son válidos y obligatorios para los accionistas los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración en la sesión de 24 de Diciembre y que fueron publicados en la *Gaceta* del siguiente día?

2.º ¿Qué calificación legal merece el acto de prohibir á los accionistas la entrada en el domicilio social para celebrar la Junta general convocada, y qué procedimiento deben adoptar para obtener el respeto á sus derechos?

3.º ¿Es legítima la constitución de la Junta general que celebró sus sesiones en los días 27 y 28 de Diciembre, y obligatorios, por tanto, los acuerdos que resolvieron los cuatro puntos comprendidos en la convocatoria?

4.º ¿Han incurrido en responsabilidad de orden civil ó penal los accionistas que la constituyeron, acudiendo á la convocatoria del Consejo de Administración?

Digitized by Google

Dictamen (1).

Constituída la Compañía de Ferrocarriles de Puerto Rico con arreglo á los preceptos del nuevo Código de Comercio, que empezó á regir en 1.º de Enero de 1886, según resulta de la escritura social otorgada ante el notario D. José García Lastra en 17 de Mayo de 1888, é inscrita en el Registro Mercantil en 23 de los referidos mes y año, y formados, en su virtud, los Estatutos por los que había de regirse, á esos preceptos, siquiera sean deficientes, y á las reglas fijadas en los Estatutos, debe atenderse en primer término para contestar á la consulta que se han servido hacernos los señores delegados de la Junta general de accionistas, sin perjuicio de tener en cuenta además los principios generales de derecho que regulan las relaciones entre el mandante y el mandatario.

Examinados con sujeción á este criterio legal los hechos que la consulta comprende, y cuyo alcance en el orden jurídico y en la administración y vida orgánica de una sociedad mercantil no puede desconocerse, aparecen con notoria evidencia graves infracciones de dichos Estatutos cometidas por los individuos del Consejo de Administración, que no hicieron, como otros, dimisión de sus cargos, cuyas transgresiones explican la adopción por la Junta general de los acuerdos y medidas que resultan del acta notarial de la sesión celebrada en 28 de Diciembre último.

---

(1) El Juzgado de primera instancia del distrito del Hospital de esta corte, ante el cual acudieron los accionistas consultantes en este asunto, accedió en sentencia de 28 de Febrero último á la posesión pedida por los mismos como Delegados de la Junta general, declarando haber lugar al interdicto de recobrar que incoaron con sujeción al presente dictamen, denegando las pretensiones del Consejo de Administración censurado y removido por la Junta general, condenando en las costas y á la indemnización de daños y perjuicios á los Vocales de dicho Consejo.—*(N. de la R.)*

Digitized by Google

Para apreciar el carácter de esos acuerdos, adoptados en circunstancias verdaderamente extraordinarias, y que ni los Estatutos ni los accionistas podían prever, y su legitimidad conforme á la ley constitutiva de la Sociedad, importa fijar la atención y determinar en toda su extensión cuáles han sido las infracciones que se han cometido por los que aun se consideran administradores de la Compañía, que han llevado con tales actos la perturbación y la desconfianza á la Sociedad que les dió sus poderes, y que forzosamente ha tenido que buscar remedio á ellos en justa defensa de sus derechos y de sus intereses, que veía comprometidos.

Dedúcense de la anterior exposición de hechos como actos más culminantes del Consejo de Administración, entre los que motivaron los acuerdos de la Junta general: 1.°, el aplazamiento indefinido de la Junta general convocada para el 27 de Diciembre, habiendo dejado sin efecto la convocatoria para impedir la reunión de aquélla; 2.°, la imposición á los accionistas de un dividendo pasivo, que era precisamente uno de los asuntos para cuya resolución se había convocado la Junta, según el anuncio oficial publicado en la *Gaceta* de 11 de Diciembre; 3.°, el haber dejado de comunicar esos acuerdos al Comité de París contra lo dispuesto por el art. 31 de los Estatutos.

Inspirados éstos en los principios fundamentales que el Código de Comercio establece sobre la administración de las Compañías anónimas en sus artículos 155 y 156, y en las reglas del derecho común sobre el mandato, declaran en su art. 35 la soberanía de la Junta general legalmente constituída, y que ésta ejerce todos los derechos de la Sociedad y representa á todos los accionistas; consignando el 17 que la administración de ésta será desempeñada por un Consejo compuesto de quince individuos á lo más, y de siete á lo menos, *nombrados por la Junta general de accionistas.*

Al establecer y enumerar en su art. 27 las atribuciones de ese Consejo de Administración, no comprende entre ellas la fa-

Digitized by Google

cultad de suspender, ni dejar sin efecto la convocatoria de la Junta general que ha de celebrarse en las épocas señaladas en el art. 36, ni al tratar en el tít. 4.º de las Juntas generales, preve ese caso ni remotamente trata de él, considerándole sin duda imposible de acaecer, como así lo han creído los accionistas que forman la mayoría en la ocasión presente.

Y es que, en realidad, la Junta general, siquiera sea en germen, comienza á tener existencia desde que se hace la convocatoria. Es como el primer período de su evolución, que concluye con su celebración, con la adopción de acuerdos y la firma de sus actas.

Necesitan los accionistas cumplir ciertos trámites, conforme á los artículos 27 y 38, desde que la convocatoria se publica en los periódicos oficiales de Madrid y París; han de depositar para asistir á ella, en el plazo y sitio determinados, cierto número de acciones, pudiendo después delegar su representación en otro accionista que tenga derecho de asistencia. Todos estos son actos preparatorios de la Junta general, y que median desde lo que puede llamarse su principio, que nace de la convocatoria, hasta su ultimación, cuando la Sociedad ejerce en toda su plenitud su derecho soberano, ya en unión del Consejo de Administración, ya contra el mismo.

No puede éste, por consiguiente, sin grave atentado contra los derechos sociales, suspender para otro plazo, y menos indefinidamente, ni dejar sin efecto la convocatoria que hizo en debida forma. Sólo, si los Estatutos le concediesen esa facultad, podría hacerlo, y ya queda dicho que nada se consigna acerca de eso.

En este sentido existen varias declaraciones del Tribunal Supremo, entre otras las de 2 de Abril y 13 de Noviembre de 1862, por considerar que, siendo los Gerentes y Administradores de las Compañías anónimas mandatarios de la Sociedad, según la ley mercantil y la especial de la Compañía, contenida en sus Estatutos, deben limitarse en sus atribuciones estrictamente á lo que está escrito en ellos, sin extenderse á nada más.

Digitized by Google

Y no se objete que el que puede convocar para una reunión, puede suspenderla ó renunciar á la convocatoria hecha, conforme al principio *ejus est tollere cujus est condere*, porque sobre no ser aplicable al presente caso, ni propio de la índole del mandato, sería además perturbador y atentatorio al ejercicio de los derechos sociales; porque vendría á imposibilitar la reunión de la Junta general y el derecho de suprema inspección y decisión que á ésta compete.

En efecto; si el Consejo de Administración tuviese tal facultad, sería siempre dueño de hacer cuanto le acomodase. Le bastaría convocar á una Junta general y suspenderla ó aplazarla á su antojo, si la lista de los depósitos de acciones para la asistencia de la Asamblea le revelaba, como aquí á ocurrido, una mayoría contraria; y repitiendo el juego, fatigar á los accionistas, obligándoles á traer y llevar sus títulos de uno á otro punto buscando nuevas representaciones, hasta que el cansancio ó el acaso procurase al Consejo que así se atreviese á obrar, una mayoría favorable á sus propósitos.

Esto sería absurdo, contrario por completo á los principios jurídicos en que descansa el contrato de Sociedad, y no puede sostenerse en serio.

La solución debe buscarse y se halla en los derechos de la Junta general. Si el Consejo de Administración es autoridad, la Junta general lo es también, y superior en la jerarquía social, puesto que la compete, conforme al art. 41 de los Estatutos, el nombramiento de los individuos del Consejo y la resolución de las cuestiones que éste proponga en la convocatoria, y su derecho de reunión para deliberar comienza, según queda indicado, en la época de la misma. En nuestro juicio, y con arreglo á los Estatutos, una vez hecha aquélla no puede ser retirada, aplazada ni dejada sin efecto. Sólo la misma Junta general, que representa á todos los accionistas y constituye la Sociedad en la totalidad de sus derechos, es la que puede decretar el aplazamiento ó la suspensión de la discusión para la cual había sido llamada.

Digitized by Google

Sin duda para casos como éste, que no están previstos en los Estatutos y que no pueden, por tanto, resolverse como aquí se ha hecho con notorio abuso por el Consejo de Administración, prescindiendo de que esté ó no completo, se consignó en el núm. 5.º del art. 41 de los Estatutos, entre las facultades de la Junta general, la de conceder al Consejo de Administración autorizaciones especiales para *casos que no resulten previstos en los mismos.*

Estas facultades, así como todas las que incumben á la Junta general y hasta la existencia de la Compañía misma, vendrían á ser ilusorias y á depender sólo de la voluntad del Consejo de Administración, de un modo autoritario y despótico, con menosprecio de toda noción de derecho, si se admitiese que el Consejo, después de convocar á la Sociedad para decidir sobre este ó aquel punto, puede dejar sin efecto esa convocatoria cuando ya están depositadas las acciones para asistir á la Junta y resolver por sí aquellos puntos que con carácter solemne y oficial se habían sometido ya á la Sociedad.

En orden al segundo acuerdo, relativo á la imposición del dividendo pasivo de 50 pesetas por acción, basta fijarse en el párrafo segundo del art. 41 de los Estatutos, para comprender que el Consejo se excedió en sus atribuciones, resolviendo por sí ese punto, cuando le había sometido á la Junta general.

Según dicho artículo, corresponde á ésta resolver sobre las proposiciones del Consejo de Administración, y una de ellas era la comprendida en el segundo extremo de la convocatoria para tratar de ese mismo dividendo. Desde el instante en que el Consejo incluyó ese punto en la orden del día para la Asamblea que convocaba, y pidió acerca del mismo el examen y voto de la Junta general conforme á los Estatutos, se desprendió de la facultad de resolverle por sí, y no pudo válidamente retirarle ó sustraerle del conocimiento de la Asamblea.

Cuando á pesar de las facultades que sobre el pago y exacción de los dividendos pasivos concede al Consejo el art. 12 de los Estatutos, había éste incluído ese asunto en la convocato-

Digitized by Google

ria, prueba es de que la Sociedad estaba en un momento de crisis y que sus administradores necesitaban la deliberación y voto de la Asamblea para resolver ese punto. No pudieron, pues, impedir, como lo han hecho con ese acuerdo, que la Junta adoptase la resolución que estimara conveniente á los intereses de la Compañía.

Y en esta opinión coincidieron sin duda con los que suscriben y con los accionistas que han protestado contra el acuerdo, los dignos individuos del Consejo, entre ellos el Presidente, que, antes de hacerse solidarios del mismo, hicieron renuncia de sus cargos.

Aunque no es el mismo caso, el art. 168 del Código de Comercio demuestra la importancia que concede la ley á los extremos contenidos en la convocatoria para las Juntas generales de las Compañías anónimas, y nuestra afirmación de que desde esa convocatoria nace y debe ser respetado el derecho de los socios á discutir y resolver en su Asamblea esos mismos puntos, sin que los administradores, simples mandatarios suyos, puedan anular la convocatoria, y mucho menos resolver por sí *ab irato* los asuntos á que aquélla hacía referencia.

Todavía parece más patente y clara la infracción por el Consejo en el caso de que se trata, del art. 31 de los referidos Estatutos. Dispone éste en su primer párrafo que los acuerdos del Consejo de Administración se comunicarán al Comité de París, cuya denominación lleva, conforme el 29, la sección del mismo Consejo de Administración que reside en aquella capital, remitiéndole al efecto dentro de los tres días siguientes una copia íntegra del acta de la sesión, sin perjuicio de comunicar los acuerdos por medios más rápidos cuando así se estime conveniente. La mayoría absoluta de los votos emitidos, añade el artículo, así en el Consejo de Administración como en el Comité de París, constituye y forma el acuerdo del mismo Consejo.

Es consecuencia este precepto de la división en dos secciones del Consejo de Administración, la de Madrid y Comité de

Digitized by Google

París, y responde á la necesidad de que las medidas que se adopten se concierten y consulten con ambas en justo respeto á los cuantiosos intereses de accionistas franceses que existen en la Compañía.

El Consejo de Administración en que ya no figuraban los dignos individuos de que antes se ha hecho mérito, y que se reforzó después por otros dos, cuya fianza y condiciones no se conocen, dejó de cumplir dicho importante precepto, y como sin duda urgía el asunto, publicáronse en la *Gaceta* del día 25 las decisiones que los Consejeros restantes tomaron el 24, omisión que en nuestro juicio basta para que éste adolezca de un vicio radical de nulidad, aunque no existiesen los acuerdos posteriores de la Junta general.

Claro es que si conforme á la ley social han de computarse, para que exista mayoría absoluta, los votos emitidos en el Comité de París, y el mencionado acuerdo no fué comunicado á éste, falta un elemento necesario para la validez del mismo acuerdo, y la infracción de los Estatutos no puede estar más patente.

No existen datos en la exposición de hechos, ni podrán tomarse en cuenta hasta que sean conocidas las actas de las sesiones del Consejo de Administración en que dichos acuerdos fueron adoptados, para apreciar si además de esos vicios de nulidad que quedan indicados, concurren otros por razón de la forma ó de otras causas, como sería la de no haber concurrido cinco votos de Consejeros, y el no haberse consignado, por los dos agregados posteriormente, la fianza que exigía el desempeño de esos cargos. Ni consta tampoco, porque el Consejo de Administración no lo hizo saber ni al Comité de París ni á la Sociedad, cuándo y por cuántos votos fué nombrado el Sr. Don Ivo Bosch, presidente de aquél, como viene llamándose en los anuncios publicados en la *Gaceta*.

El desconocimiento de los derechos de los accionistas fué seguido, según resulta de las actas notariales de que se hace mención en los antecedentes, de actos materiales, que signi-

Digitized by Google

fican un verdadero despojo, y la privación á la Junta general de la posesión del domicilio social, y de los libros, papeles y documentos de la pertenencia de la Sociedad. Tal carácter revisten los que fueron consignados por ante notario en las actas de los días 26 y 27 de Diciembre.

Ante este ataque, ante el menosprecio con que los accionistas se veían tratados por el Consejo, y habiendo llegado el día 27, para el cual había éste convocado la Junta general, cuya suspensión consideraban con razón los accionistas como improcedente y nula, y viéndose en circunstancias por todo extremo extraordinarias y fuera de todo lo previsto, resolvieron constituirse en Junta general y celebrar las sesiones, cuyas actas tenemos á la vista, para deliberar sobre los puntos que comprendía la convocatoria, y, además, sobre la conducta de los Administradores que habían quedado formando el Consejo, y que llegaron, en su ofuscación, hasta prohibirles la entrada en su propia casa.

Ahora bien; ni en los actos preparatorios para la celebración de esa Asamblea, realizados por los accionistas, ni en la constitución de la misma Junta general, ni en los acuerdos que ésta adoptó sobre los cuatro extremos comprendidos en la convocatoria ú orden del día fijada por el Consejo y publicada en la *Gaceta* de 11 de Diciembre, á cuyos acuerdos se limita la consulta, hallamos nada contrario á la ley ni á los Estatutos de la Compañía, y que no sea válido y legítimo.

En las actas notariales de protesta contra la indebida suspensión de la Junta general, contra la no admisión de depósitos y cartas de representación y demás diligencias preparatorias de aquella Junta, no hay otra cosa que el ejercicio ordenado y correcto, por parte de los accionistas, de un derecho legítimo.

Respecto á la constitueión de la Junta general, ¿qué exigen los Estatutos para la Constitución de estas Asambleas?

Que estén convocadas por el Consejo de Administración; que se haga la convocatoria por anuncios en los periódicos

Digitized by Google

oficiales de Madrid y de París con quince días de anticipación; que se depositen las acciones en los sitios de antemano designados; que se haga el cómputo de las mismas para que pueda considerarse legalmente constituído, y que los acuerdos se tomen por mayoría de votos en los términos señalados por los artículos 36, 37, 38 y demás concordantes del título 4.º

Pues todos estos requisitos concurren por completo en la Junta general celebrada en los días 27 y 28 de Diciembre, apareciendo en ella una mayoría considerable, formada, como ya se ha indicado, por la representación de 18.099 acciones de las 32.000 que forman la Sociedad, con más 500 acciones representadas por el Sr. Porlitz, y que no pudo depositar para que figurasen en la Junta, porque el Banco general de Madrid, en virtud de orden de D. Ivo Bosch, rechazó su depósito el día anterior al en que debía celebrarse la Junta general, según resulta del acta notarial correspondiente.

Entendemos, pues, que la constitución de la Junta general es perfectamente legítima, sin que para ello obste el haberse reunido fuera del domicilio social porque le fué negada la entrada en él, y que los acuerdos adoptados sobre los cuatro extremos que comprendía la convocatoria del Consejo están, sin duda alguna, dentro de las atribuciones privativas de la Junta general.

Infiérese de lo expuesto, y del carácter de legitimidad y validez que, en nuestra opinión, revisten la Junta general y sus cuatro acuerdos mencionados, que no han incurrido los señores accionistas que la constituyen en responsabilidad alguna civil ni criminal. Podrán dichos acuerdos ser más ó menos acertados en el fondo y discutirse su mayor ó menor conveniencia para los intereses de la Compañía en su actual situación; pero no puede desconocerse su legitimidad y eficacia, ni creemos que pueda prosperar cualquier reclamación que contra ella pudiera incoarse.

En orden al procedimiento que deben seguir los accionistas

Digitized by Google

para obtener la reparación inmediata del despojo con ellos cometido, y á que se refieren los antecedentes, entienden los que suscriben que no es otro que la incoación de un interdicto de recobrar la posesión, definido y consignado en los arts. 1651 á 1662 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Claro es que las cuestiones que impliquen declaraciones de derecho, y que se han suscitado entre los administradores y la Junta general, no pueden ventilarse ni resolverse dentro de nuestras leyes procesales más que en un juicio ordinario ó declarativo, siempre funesto para los intereses de una Compañía industrial, por los trámites dilatados y solemnes que consigo lleva, apurando acaso las dos instancias y el recurso de casación.

Pero aunque en su día hayan de remitirse esos conflictos de derecho á tan largo debate y á un lejano fallo, existe hoy un hecho perturbador del estado posesorio y de la situación jurídica respectiva de los socios y de los administradores, que exige una reparación inmediata.

Los accionistas han sido desposeídos de su domicilio social y de la tenencia en que se hallaban de sus oficinas, papeles y libros. Ha llegado el caso, aunque parezca inverosímil, de que los mismos criados ó porteros de las oficinas que la Sociedad tiene establecidas y costea como de su pertenencia en esta capital, negaran la entrada y cerrasen la puerta de las mismas á los accionistas que iban á constituir la Junta general, obligándoles á celebrarla en otra parte.

Para esa reparación inmediata y de urgencia suma, para la restitución y amparo del estado posesorio contra el despojo consumado de orden del que se titula Presidente del Consejo de Administración, no hay otro medio legal que uno de esos juicios sumarísimos que tienen por objeto decidir interinamente sobre el hecho de la posesión y reintegrar ó amparar al que de ella fué despojado.

Demuestra además la procedencia de ese interdicto de recobrar el texto explícito del art. 446 del Código civil, según el

Digitized by Google

cual, todo poseedor tiene derecho á ser amparado en su posesión, y si fuese inquietado en ella, deberá ser amparado ó restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen.

En suma, los Letrados que suscriben opinan:

1.° Que los acuerdos adoptados en 24 de Diciembre por los individuos que quedaron en el Consejo de Administración y los otros dos que fueron nombrados por ellos, suspendiendo indefinidamente la Junta general convocada en debida forma, é imponiendo un dividendo pasivo á las acciones, sin comunicar estas graves decisiones al Comité de París, son contrarios á los Estatutos, que no les concedían tales facultades, y á las reglas generales del mandato, pudiendo exigírseles desde luego por los accionistas la responsabilidad é indemnización de perjuicios, con arreglo al art. 156 del Código de Comercio y á los preceptos del derecho común sobre las obligaciones del mandatario.

2.° Que el acto de prohibir la entrada en las oficinas y domicilio legal de la Sociedad á los accionistas para celebrar la Junta general convocada, y levantar las actas que creyesen convenientes al ejercicio de sus derechos, constituye un verdadero é inusitado despojo de los mismos y de las facultades que á la Junta general competían, que exige reparación inmediata por medio de un juicio posesorio, ó sea interdicto de recobrar.

3.° Que la constitución de la Junta general que celebró sus sesiones en los días 27 y 28 de Diciembre, aunque en lugar distinto de dicho domicilio, por la razón de fuerza mayor antes indicada, es perfectamente legítima, con arreglo á los Estatutos; y los acuerdos tomados en ella sobre los cuatro puntos de la convocatoria que hizo el Consejo de Administración, son válidos y están dentro de las atribuciones que dichos Estatutos conceden á la Junta general.

4.° Y, por último, que siendo legítima dicha Junta y también los acuerdos referidos en las anteriores conclusiones, no-

Digitized by Google

han incurrido los accionistas ni sus delegados en responsabilidad de orden civil ni criminal.

Tal es nuestro dictamen, que firmamos en Madrid á cuatro de Enero de mil ochocientos noventa y tres.

LDO. MANUEL PEDREGAL Y CAÑEDO.

LDO. GABRIEL RODRIGUEZ.

LDO. JOSÉ CANALEJAS Y MÉNDEZ.

LDO. ENRIQUE UCELAY.

Digitized by Google

ESTUDIOS DE SOCIOLOGÍA CRIMINAL

El argot, caló ó jerga en sus relaciones con la delincuencia.

I

Ha dicho con bastante exactitud el distinguido jurisconsulto belga, M. Isidore Maux, en la introdución á su notable, aunque poco voluminosa obra, *De la Justice Penale,* que «el Derecho penal sufre en este momento una evolución fácil de advertir, pudiendo con certeza predecirse que nuestro tiempo será una de las épocas más importantes de su historia, siendo lo particular el que hoy se ponen á la vez á discusión y se arrojan dentro del crisol de las reformas, los principios, las aplicaciones, las mismas bases del mencionado derecho.» ¿De dónde nace este hecho especial de nuestra época?, se pregunta dicho escritor, quien después de manifestar que ve en él un eco del estado social, y de comprobarlo sumariamente, añade: «toda actividad tiene sus mermas, constituyendo las del progreso social los *retrasados*, y los individuos impropios para la vida de la sociedad. La marcha de ésta hacia adelante se halla entorpecida de un modo serio con la presencia de esos monstruosos elementos, tanto más, cuanto que sus anomalías rara vez son inofensivas; casi siempre les conducen al crimen. En otros tiempos existían también; sin embargo de lo cual, la civilización antigua, más lenta y reposada, producía bastantes menos, y pasaban desapercibidos cual granos de arena en sólido mecanismo. Hoy se imponen á la atención, y el peligro que anuncian aparece más grande aún por su novedad... Este hecho, del

Digitized by Google

mismo modo que el incuestionable aumento de la criminalidad, y dentro de la criminalidad, de la reincidencia, no podía menos de orientar las ideas en una nueva dirección. Nuestro siglo ha visto nacer la sociología y la demografía, y como era natural, la ciencia penal sufrió el golpe de rechazo, encontrando aquí su aplicación otra ley natural, cual es la de que toda acción depende de la naturaleza del agente que la produce: ella lo indica y expresa. Así, la acción experimentada por el Derecho penal refleja únicamente los hechos que la provocan, sintiéndose inclinado de nuevo á considerar como locos, enfermos ó monstruos, á los enemigos de la sociedad. De aquí esa tendencia á transformarse por completo, en vista de esta situación, como si fuese general y exclusiva. La nueva escuela de antropología es la que expresa esta tendencia y la presión ejercida sobre el espíritu público.»

Aun cuando no estamos del todo conformes con las ideas del distinguido escritor, hemos creido conveniente dar comienzo á este ligero trabajo, transcribiendo los párrafos anteriores, no sólo porque pertenecen á uno de los jurisconsultos modernos de más justificado renombre, no sólo porque sintetizan los principios de la llamada escuela *intermedia* ó *ecléctica* sobre la crisis del Derecho penal, sino porque determinan la razón del nacimiento de la *antropológica*, que por la notoria importancia de sus apóstoles, César Lombroso, E. Ferri y G. Garofalo, es generalmente conocida con el nombre de *escuela positivista italiana*, sin embargo de que Francia, Inglaterra, Alemania y aun España, cuentan con notables cultivadores y propagandistas de sus ideas.

Con efecto; los estudios antropológicos, que tan importante desarrollo han tenido en estos últimos años, y que han ejercido y ejercen notorio y transcendental influjo sobre distintas ciencias, han conmovido especialmente, cual no podía menos de suceder, los cimientos del antiguo derecho criminal, y con ellos las bases en que se apoyan las legislaciones de casi todos los pueblos, haciendo ver palmariamente la necesidad de sustituir

Digitized by Google

en aquél al método *deductivo*, *apriorístico*, el *inductivo* fundado en la *observación* y *experimentación;* de sustituir al estudio del delito en su entidad abstracta, el del delincuente tal cual es; de profundizar el hasta ahora descuidado conocimiento de los verdaderos factores de la delincuencia; de buscar los medios preventivos más adecuados para evitarla ó disminuirla cuando menos, é individualizar en lo posible la pena para adaptarla al delincuente y hacer más eficaz que lo es actualmente su acción defensiva y represiva.

«La escuela criminal positiva, dice Ferdinando Puglia (1), estudia al delincuente en su realidad, en lo físico y lo moral, y al delito en su naturaleza concreta, en las causas que lo producen, en sus efectos, y llega á las consecuencias de que el delincuente, por caracteres más ó menos claros, se distingue de los demás hombres física y moralmente; que el delito es un fenómeno necesario, sujeto á leyes perennes como las que regulan los fenómenos físicos; que los extremos necesarios de los delitos deben ser inducidos de un estudio positivo de las acciones humanas dañosas, bajo el criterio de la tutela social; que las penas y medios de represión deben ser proporcionales á la temibilidad del delincuente, y que es preciso remover las causas de los delitos en los límites de lo posible, á fin de conseguir su disminución.» Para realizar estos propósitos estudia la nueva escuela, utilizando al efecto los trabajos de antropólogos y sociólogos, los factores del delito, divididos por Ferri en *antropológicos*, *físicos* y *sociales*, cuya clasificación es generalmente admitida, y los caracteres de los delincuentes.

Con gran extensión se han ocupado de estos últimos los doctores Marro (2) y Lombroso (3), que han hecho objeto de sus profundas y minuciosas investigaciones, el peso, la esta-

---

(1) *Prolegomeni all studio del diritto represivo.*

(2) *I carateri dei delincuenti.*

(3) *L'uomo delincuenti.—Lesioni di medicina legale.—Il delitto politico.—Polemica.*

Digitized by Google

tura, las medidas del cráneo, sus deformidades, la fisonomía, el pulso, la temperatura, la movilidad exagerada, la sensibilidad, la afectividad, las pasiones, las tendencias, la reincidencia, el tatuaje, la inteligencia, la educación é instrucción, el caló, argot, jerga ó lenguaje de la Germanía, et., etc., de los malhechores, comparados, en especial por Marro, con personas normales, es decir, con personas no penadas ni acusadas por delitos; estudiando también los meteoros, las razas, la civilización, la herencia, el sexo, la edad y las profesiones, siendo tantas las obras que tratan de estos factores, tantos los datos obtenidos, que el más conciso resumen de las unas y de los otros precisaría de muchas páginas y nos alejaría demasiado de nuestro propósito, que no es otro que exponer varias ideas y hacer ligeras consideraciones respecto de algunos de ellos, principalmente de los llamados factores sociales, y tratar, dentro del reducido terreno de nuestra escasa competencia, de interesantes problemas referentes á la criminalidad, y de cuestiones que han motivado notables y provechosas polémicas, por lo cual, estimándolas como preliminares necesarios, hemos creído deber hacer las indicaciones anteriores.

En este primer artículo vamos á ocuparnos, aun cuando muy someramente, del *argot*, *caló*, *jerga* ó lenguaje especial de la *Germanía*, de los malhechores, vagabundos y truhanes de nuestra patria; estudio que entendemos no se halla desprovisto de utilidad, estimándolo casi necesario para el más completo y exacto conocimiento de la criminalidad, y la adopción de las disposiciones más adecuadas para combatirla, ya que como enfermedad social deba someterse á un completo régimen curativo, no limitado á la imposición de la pena. Pero antes de todo debemos hacer constar que se halla muy lejos de nuestro ánimo que tenga otro alcance que el de ligero ensayo, puesto que ni nuestras facultades, ni nuestros conocimientos, llegan á más. Algunos de los datos que utilizamos son resultado de observaciones propias; otros, el mayor número, provienen de personas competentísimas por razón de

Digitized by Google

sus cargos, merecedoras de todo crédito, y de algunos presos y penados á quienes el sistema de aglomeración, todavía subsistente en España en todos los presidios y cárceles, sin exceptuar la llamada cárcel modelo, mantuvo en contacto íntimo con los criminales por *hábito*, ó *de oficio*, que son los más interesados en cultivar un lenguaje, del que encontramos rastro en ciertas clases del pueblo, y muestras y citas curiosísimas en las novelas picarescas, perfectos cuadros de costumbres, y en los romances, sainetes y composiciones poéticas, hasta de las épocas más lejanas; lenguaje también usado por los truhanes y por cuantos llevan vida demasiado alegre y azarosa, la cual, llegó á decir Hurtado de Mendoza en su *Lazarillo de Tormes*, «es tal, que si los ricos la gustasen, dejarían por ella sus haciendas», por lo propensa á toda clase de emociones, sin que por ello la aplaudamos, pues sabido es que á mas de otros muchos males que produce, suele llevar con suma facilidad al mundo del crimen, del que puede decirse vestíbulo.

II

El caló, ó sea el lenguaje que, según el *Diccionario de la lengua*, se usa entre jitanos y presidiarios, ha debido tener orígen, más que en la conveniencia, en la necesidad sentida, no tan sólo por éstos, sino por cuantos más ó menos directamente siguen la senda del crimen, de comunicarse entre sí, dificultando el ser comprendidos por otros, de ocultar sus proyectos y no descubrir sus maldades en un descuido de la conversación ó en el acaloramiento de una disputa. Pero, ¿qué es el caló? Es, á juicio nuestro, un arma que igualmente sirve para la defensa que para el ataque, y cuya utilidad disminuye conforme se difunde su conocimiento. Es hasta cierto punto, como dice Víctor Hugo, «todo á la vez: nación é idioma; el robo bajo dos especies; pueblo y lengua; la lengua de la chusma, del presidio, de las cárceles, de todo lo más abominable de la sociedad; es el lenguaje de la miseria... No es más que un disfráz con que

Digitized by Google

se cubre la lengua cuando va á hacer algo malo. Se reviste de palabras con máscara, y de metáforas con harapos.» A pesar de la opinión autorizadísima del eminente escritor que acabamos de citar, no conceptuamos al *argot* ó *caló*, como peculiar, exclusivo, de criminales y gentes de mal vivir, puesto que todos los oficios y profesiones, casi todas las colectividades, sin exceptuar los tribunales y curiales, sin exceptuar los alumnos de los colegios, tienen su *caló* especial, su *jerga* propia, por razones demasiado conocidas, pero sin aproximarse mucho al de que estamos ocupándonos. Entre ellos se advierten, y realmente existen grandes diferencias, las cuales patentizan que, ni por su orígen, ni por sus condiciones, ni por sus circunstancias, ni por sus tendencias, tienen nada de común.

El *caló* que llamaremos de las profesiones y oficios, se limita ó circunscribe á determinadas particularidades íntimamente relacionadas con el oficio, profesión ó colectividad; el de los malhechores, de los criminales, constituye verdadero idioma que se extiende, perfecciona y modifica; que tiene su sintáxis y prosodia propias, y que sirve perfectamente al objeto que motivó su creación. Retrata, fotografía al criminal, descubre sus anomalías, indica sus caracteres, hace ver la influencia de la degeneración, manifiesta de un modo palmario su malicia, inconstancia, vanidad, previsión, falta de sentido moral, y hasta cierto punto, ingenio. «Hay que notar en él, añade el eminente novelista y poeta, la creación directa de palabras, constitutiva del misterio de las lenguas. Pintar con palabras que tienen figura, aunque no se sepa cómo ni por qué, es el fondo primitivo de toda lengua humana. Abunda el *caló* en palabras de este género, palabras inmediatas, hechas de una pieza, sin etimología, repugnantes algunas veces, que tienen singular fuerza de expresión. En segundo lugar, viene la imitación, porque lo más propio de una lengua que quiere decirlo todo y ocultarlo todo, es la abundancia de figuras. Tenemos la modificación; vive de la lengua y la usa á su capricho; la emplea al acaso, y se limita muchas veces, cuando tiene necesi-

Digitized by Google

dad, á desnaturalizarla sumaria y gravemente. A veces con las palabras usuales, así transformadas y complicadas con palabras de *caló* puro, compone locuciones pintorescas.» Tales son, con efecto, sus caracteres generales.

El mundo del crimen, que tiene sus fronteras y su campo intermedio con el que habitamos, como las hay entre la razón y la locura, la virtud y el vicio, comienza á ser conocido. En él todo es especial, singularísimo: ideas, sentimientos, costumbres, lenguaje, aptitudes, instintos, pasiones. Para luchar con sus cada día más numerosas huestes, y defenderse la sociedad de sus múltiples y constantes ataques, fin principal, ya que no exclusivo, del derecho represivo, es necesario é imprescindible, se precisa conocer las condiciones, la manera de ser de la delincuencia, y esto no se consigue sino penetrando, por decirlo así, en su interior, y estudiándola en su conjunto, en los elementos que la constituyen, en sus matices, en sus peculiaridades, no siendo su *jerga* de las menos importantes; razón por la que algunos sociólogos y jurisconsultos la han hecho objeto de sus trabajos, indicando desde luego la grande utilidad que su completo estudio puede reportar.

«Uno de los caracteres particulares del hombre reincidente y asociado, dice M. Cesar Lombroso en las obras citadas, como lo está siempre en los grandes centros, es el uso de un lenguaje propio, en el cual, mientras las asonanzas generales, el tipo gramatical y sintáxico del idioma se conserva intacto, está cambiado por completo el lexical.» Coincidiendo en parte con las anteriores ideas, dijimos en uno de nuestros trabajos (1), refiriéndonos al caló catalán, «que éste tiene algunas locuciones tomadas del general, sonidos y voces importados, algo del idioma catalán, y no poco que descubre su origen castellano; pero que en la esencia, en la estructura, en la combinación de vocablos, en las imágenes que representan los objetos, en casi todo, es indígena:... con este singular lenguaje, añadíamos,

(1) La criminalidad en Barcelona.

Digitized by Google

acontece en mucha parte lo que con los idiomas primitivos; está matizado de imágenes, de metáforas, de figuras poéticas; es un todo que se forma por agregación, y en su perfeccionamiento se dibujan los distintos elementos que han contribuído á formarlo.» Casi lo mismo puede decirse del que denominaremos *caló* castellano. Aun cuando, conforme hemos indicado, en su prosodia y en su sintáxis tiene algo de característico, en lo general sigue á nuestro idioma. Entre sus palabras encontramos bastantes de las usuales, pero á muchas de ellas da sentido distinto, como, por ejemplo: alpargatas, que en el *caló* catalán son *barcas* ó *ligeras*, y en el castellano *andarinas;* avisar para un robo, que en este es *dar el santo;* año de presidio, que es *breva*, y en aquél *castaña;* colchón, que es *manso;* y cara, *fila*. En otras palabras hay cambio de letras: como boca, que es *coba;* forastero, *forasta;* plato, *tlapo*. En algunas se omiten sílabas, en especial las finales, como camarero, que es *camara;* escaparate, *escapara*. En otras se agregan letras y aun sílabas, como cuerda, *curdincha* en el catalán; cuadro, *cuadrinche;* corbata, *corbatincha;* carretón, *carrinche*. Por último, muchas son objeto de transformaciones metafóricas, ó se emplean en sentido figurado, cual tendremos ocasión de observar.

Del mismo modo que á poco que se fije la atención en el *caló* catalán, se advierte, se siente el idioma del industrioso país, así en el castellano se transpira nuestra lengua, siendo una de las *jergas* que menos influencias extranjeras han sufrido, debiéndose acaso esto á las muy escasas relaciones que han mediado entre nuestros malhechores y los de otros pueblos. También debe notarse que conserva muy pocas voces de las que le componían en los siglos anteriores. La mayor difusión en España del *caló truhanesco*, cuya conexión con el de los malhechores ofrece tanta intimidad que se confunden, motivando el que se les haya considerado cual si fueran uno solo, á parte de no muchos y no esenciales vocablos carcelarios, presidiales ó peculiares de determinados delitos, es debida, según hemos podido apreciar, al roce continuado entre las distintas

Digitized by Google

clases sociales, y muy principalmente á ciertas costumbres y aficiones, con mucha razón censuradas, y por fortuna ya en decadencia, pero que, sobre todo en la juventud, continúan influyendo perniciosamente. Las plazas de toros, los cafés y teatros cantantes, en especial aquellos donde se cultiva el *género flamenco*, han sido, y siguen siendo, vehículos de transmisión, sin que á pesar de las lecciones que diariamente suministran, hayan merecido fijar la atención de las Autoridades gubernativas, exceptuando al Sr. Moret, que, persuadido de la gravedad del mal, dictó desde el Ministerio de la Gobernación una bien meditada Real orden, que tal vez por esta causa ha sido relegada al olvido. En tales sitios, y en otros que por ahora no mencionamos, acostumbran á reunirse los verdaderos *truhanes*, los que tienen por único oficio el apoderamiento de lo ajeno, y algunos que encenagados en los vicios, buscan para apurar sus deleites el trato con la escoria de las sociedades. Las frases, las palabras que de su nauseabundo lenguaje emplean, brotan espontáneas de sus labios y tienen lugar preferente en las escogidas piececitas, demasiado naturalistas, que se representan y en las canciones que cantan; y de ellas, principalmente en las plazas de toros, hacen uso hasta las personas que por educación y carácter debieran rechazarlas. De aquí que el *caló*, difundido también por los criminales que viajan más ó menos voluntariamente, por los afiliados en efímeras asociaciones que se relacionan para la más amplia y segura perpetración de delitos, haya llegado hasta los últimos rincones; y de aquí también que, al propagarse, vaya perdiendo su importancia y se disminuya su lamentable utilidad.

Lenguaje que, cual el simbólico y convencional de algunas sociedades secretas, estaba destinado á no ser conocido sino por los adeptos, no bien se hace del dominio público pierde su carácter, su verdadera significación, y concluirá por ser lo que actualmente los ritos y signos masónicos. Pero aún transcurrirá bastante tiempo antes de que desaparezca por ser inútil. Por esta razón, y por lo mucho que contribuye á caracterizar la

Digitized by Google

criminalidad, es objeto del preferente estudio de distinguidos escritores. «Su conocimiento, dijimos en otra ocasión, puede servir para precaver los delitos, descubrir ciertas inteligencias punibles y revelar malignos propósitos. Basta su análisis para conocer todas las clases de criminales *natos*, *instintivos* y por *hábito*, y gentes de mal vivir, sus usos y costumbres, la variedad de *negocios* á que se dedican, sus aficiones y sus repugnancias, las comarcas que han ejercido influencia, y hasta la brillante imaginación de sus cultivadores.»

III

Interesante sería la historia del *caló* español, determinándose la marcha que ha seguido y sus repetidas modificaciones; pero como tan curioso trabajo excedería los límites de estos mal perjeñados apuntes, nos circunscribiremos á consignar algunos datos, no muchos, que aun cuando seguramente conocidos por la generalidad de nuestros ilustrados lectores, no son inoportunos ni demasiado molestos.

Cervantes, Quevedo, Hurtado de Mendoza, Juan de Zavaleta, Mateo Alemán, los autores de varios romances que el erudito Sr. Durán comprendió en su notabilísima colección, los distinguidos escritores que colaboraron en la inmortal obra *Los Españoles pintados por sí mismos*, y en general cuantos cultivaron el género picaresco, no únicamente retratan en sus personajes los tipos más comunes y característicos de las respectivas épocas, tipos que realmente existieron, no tan sólo trazan con mano maestra, con sin igual gracejo, los cuadros de las costumbres populares, sino que para dar mayor colorido á sus cuadros hacen uso del caló ó de la jerga que se hablaba. A ellos se debe, por lo tanto, el conocimiento, si bien imperfecto, que tenemos de la criminalidad en los siglos anteriores al nuestro; criminalidad de la que también dan alguna idea, pero muy incompleta, varias disposiciones legales: á ellos en su

Digitized by Google

consecuencia, habrá que acudir si se quiere conocer la España de nuestros abuelos. Por eso los criminalistas de las nuevas escuelas revisan con celo plausible las obras literarias de los distintos pueblos, seguros de encontrar en ellas lo que no enseñan las obras de Derecho, lo que no puede existir en los Códigos.

Rinconete y Cortadillo es la novela de Cervantes, en la que, aparte del *Quijote*, nos ha dejado la pintura más perfecta de la truhanería de su época. De ella entresacamos los siguientes párrafos, tomados al acaso, pues en realidad debiera y merecía copiarse desde el principio hasta el fin. «Diganme, señores galanes, ¿voacedes son de *mala entrada*, ó no? No entendemos esa razón, señor galán, respondió Rincon. ¿Que no *entrevan*, señores *murcios?* respondió el otro. No somos de Teba ni de Murcia, dijo Cortado; si otra cosa quiere, dígala; si no, váyase con Dios. ¿No lo entienden? dijo el mozo, pues yo se lo daré á entender y á beber con una cuchara de plata: quiero decir, señores, ¿si son vuesas mercedes ladrones?... Sepan voacedes que *cuatrero* es ladrón de bestias, *ansía* es el tormento, *roznos* los asnos, *primer desconcierto* es las primeras vueltas de cordel que da el verdugo... ¿Están puestas las *postas?* Sí, dijo el guía, que Ganchuelo era su nombre; tres centinelas quedan *avizorando*, y no hay que temer que nos cojan de sobresalto... Yo, respondió Rinconete, sé un poquito de *floreo* de villano; entiéndeseme el *retén*; tengo buena vista para el *humillo;* juego bien de las *sotas*, de las *cuatro* y de las *ocho;* no se me va por los pies el *raspadillo*, *berrugueta* y el *colmillo*... Estando en esto entró un muchacho corriendo y desalentado, y dijo: «El alguacil de los vagamundos viene encaminado á esta casa; pero no trae consigo *gurullada*»...

Mas, ¿á qué continuar copiando? Bástanos decir que en las obras de Cervantes encontramos, entre otras muchas, las palabras *murcio* (ladrón), *ansía* (tormento), *rozno* (asno), *trena* (cárcel), *guras* (galeras), *avizorar* (vigilar), *meter dos y sacar cinco* (hurtar), *flores* (trampas del juego), *gorja* (garganta), *ser*

Digitized by Google

de la casa llana (prostituta), *mojar el canal maestro* (beber), *trainel* (granuja que servía á los ladrones), *avispones* (ciertos cómplices y espías), *garbear* (adquirir por malos medios), *mozas del partido* (mujeres públicas).

Quevedo dice en *la hora de todos*: «Hay *rufianes de corencia*, que por otro nombre llamamos *pajotes*...; unos son soplones de la justicia y andan con ella para amparar y tener siempre guardada su *flor*. Los estafadores y superintendentes de toda *flor*, tienen particular noticia unos de otros, y por oficio inquirir y saber los hurtos que se hacen cada noche; quiénes los hicieron y á quiénes robaron, etc. Estos *gariteros* son generalmente hombres de mucha experiencia en el juego, mediante lo cual se retiran al ver que otros pierden: avisan inmediatamente con cautela y maña á los *fulleros* ó *ciertos*, con quienes tienen particular correspondencia para que prevengan *garrotes* ó pongan en sazón *la flor* que usan... Hay en cada cuadrilla tres interlocutores: el primero es el *cierto* ó *fullero*, el cual anda siempre prevenido con naipes, hechos unos por la *barriguilla*, otros por la *ballestilla*, otros por *monroy*, y otros por todas partes. Usales muchas veces *frisados*, *rayados* y *pintados*... En el *Buscón*, dice, «entendíalo yo entonces regularmente (el juego del parar), porque tenía más *flores* que un Mayo, y barajas hechas *lindas*», y añade más adelante, «porque á más de ser jugador era cierto». *Dar muerto* llaman quitar el dinero, y con propiedad; *rebeza* la treta contra el amigo; *blanco* al sano de malicia y bueno de voluntad.»

En el *día de fiesta por la mañana y por la tarde*, consigna Juan de Zabaleta, entre otros particulares, los siguientes: «la palabra *tahur* dice jugador de naipes contínuo y desenfrenado... Entra en una *casa de conversación* (hoy casino ó garito), y halla hombres que sólo madrugan á hablar: dícele uno de ellos que si quiere entretenerse jugando á *las tablas*..., ajústanse fácilmente, piden naipes, y empiezan á jugar á las *pintas*. Da algunos *baratos* (cuya significación es igual á la actual, y los cobraban los *mirones* ó *entretenidos)*, no todos de buena gana... A

Digitized by Google

las casas de juego van los hombres con tres fines: unos á jugar, otros á entretenerse, y otros á que les den *barato*. A los últimos llaman *mirones*... Uno de los bien intencionados dice en verdad que hay muchos *capitanes*...: en las casas de juego llaman á los nuevos *blancos*, porque entran cándidos. De los que han cursado algún tiempo, dicen que son *negros* como la pez.»

Mateo Aleman, en el *Guzmán de Alfarache*, novela de las más notables en el género picaresco y digna de todo encomio por su estilo, profundas sentencias, agudezas sin cuento, escenas típicas de la época y reflexiones atinadas, no lo es menos por las costumbres que refiere, por sus acabadas descripciones y por los retratos que hace de vagos, mendigos, mujeres de vida airada, truhanes, malhechores de toda especie, carceleros, procuradores, ministriles, jueces y demás adláteres de la curia, que por cierto no es la que sale mejor librada de sus manos, comprendiendo entre los malhechores, así á los que comenzaban su carrera, como á los que la concluían en las galeras ó en la horca. Con *Rinconete y Cortadillo*, *El Buscón*, *El Lazarillo de Tormes*, *La Garduña de Sevilla*, *El Gil Blas* y otras, forma perfecto cuadro de la delincuencia, pudiendo servir á los modernos antropólogos para determinar los caracteres de los delincuentes de otras épocas. Muchas páginas habríamos de dedicarle si transcribir y comentar pensáramos cuanto en el *Guzmán* se encuentra más ó menos relacionado con nuestro asunto. Más en la imposibilidad de hacerlo, é impulsados por el deseo de ofrecer alguna muestra de tan apreciable obra, copiaremos uno de los párrafos que nos ha parecido de los más apropiados. Sayavedra, compañero de Guzmán, al que comenzó robando para concluir siendo su fiel y experto *consorte*, dice á éste, refiriéndole su vida y hazañas: «anduve por todo el Reyno de Nápoles gastando de lo que no tenía, hecho un gentil pícaro, de donde dí en acompañarme con otros como yo, y de uno en otro escalón salí muy gentil oficial de *la carda*. Híceme camarada de los maestros, ligueme á ellos por cubrirme con su sombra en las adversidades, así les anduve subor-

Digitized by Google

dinado, porque mi pobreza siempre fué tanta, que nunca tuve caudal con que vestirme, para poner tienda de por mí, no por falta de habilidad, que mejor *tijera* que la mía no la tiene todo el *oficio;* pudiérales leer á todos ellos cuatro cursos de latrocinio y dos de *pasante*, porque me dí tal maña en los estudios cuando lo aprendí, que salí *sacre*. Ninguno entendió como yo la *cicateria:* fuí muy gentil *caleta*, *buzo*, *cuatrero, maleador* y *marcador*, *pala*, *pollo, escotta*, *estafa* y *zorro;* ninguno de mi tamaño ni mayor que yo seis años, en mi presencia dejó de reconocerse *bajamanero* y *bahar*.»

Como para nuestro objeto estimamos ser suficientes las citas anteriores, nada diremos de las interesantes novelas, algunas de ellas poco conocidas, pero todas de bastante mérito, tituladas, *Vida de Perico del Campo*, por Ramón Ruiz (1792); *Relación de la vida del escudero Marcos de Obregón*, por Vicente Espinel (1618); la *Pícara Justina*, por Francisco López de Ubeda (1605); la *Ingeniosa Elena*, hija de Celestina, por Alonso Jerónimo de Salas (1612); *Falacias y engaños de la Corte*, por Luis Ignacio Quirol (1744); el *Donado hablador* y *Vida y aventuras de Alonso*, por Jerónimo de Alcalá (1624); *El día y noche de Madrid*, por Francisco Santos (1664); *Desordenada codicia de los bienes agenos*, por Tiffeno; *La casa de juego*, por Francisco Navarrete (1644); *Las aventuras del Bachiller Trapaza*, por Solarzano (1637), y *Los vicios de las malas mujeres*, por Alfonso Martínez de Toledo (1529). Sin embargo, séannos permitidas algunas citas de varios romances comprendidos en su obra por D. Agustín Durán.

En uno de ellos, atribuído á Miguel López, se dice: «Habló el *jaque* en este estilo,—bien sabeis que aquesta casa—es de todo *bravo* sitio,—de todo sastre aposento,—y de todo motín abrigo;—y ha menester esta gente—*mascar un poco de pio* (beber vino)—y así podreis tratar luego—de rascaros el bolsillo; —y echando mano á la *cerra* (bolsa de dinero)—sacó del un papelillo,—que para todo habrá brío—como no se llegue á más—que no ir á *escribir con el pino* (remar en galera).

Digitized by Google

En otro de Jamarra: «Quen Lavapiés á las nueve—sucedió cierta desgracia:—resistieron á la *guira* (ronda);—hubo heridas muy bravas,—por cuya causa se parten—por miedo de las *gurapas* (galeras)...—Saludáronse en efecto,—se brindan y luego parlan,—y en una casa de *gula* (figón)—encontraron con Silvela,—hombre también de *la carda* (los que roban ropa)».

En un romance anónimo se lee: «Pícanse de *garlo* (de hablar)—más yo les entrego—por vida de carlo.—La cara amorosa—y ojo á la *follosa* (bolsa),—y al desgranadero—la mano al esquero,—que si son *guillotes* (torpes)—no sentirán nada...—otros *pelagallos* (diestros)—que tienen ya callos;—no en valde te veo—señal de *rabeo* (el hombre que pertenecía á las mancebías),—del *asa menguado* (desorejado),—*mizor de la cerra* (zurdo)—del *charco estafado* (chapin)».

Por último, son dignos de mención los dos romances de Quevedo, carta de Perala á Lampuja, y contestación de éste. «Todo se sabe, Lampuja—que ha dado en chismes el diablo,—y entre *jayanes* y *marcas* (rufianes, rameras)—nunca ha habido secretario.—Dejásteme en Talavera—á la sombra de un jitano,—hombre *gafo de los potros* (haber sufrido el tormento)—y aturdido de los *asnos* (azotes).—En las ferias de Torrijos—me empeñé con un mulato—corchete, *fondos zurdo* (ladrón á quien habían cortado la mano derecha).—Iba delante el *bramoso* (pregonero)—y detrás el *varapalo* (alguacil de vara)...—Aguedilla la bermeja—se cansó de *garandar* (vaguear)...—Por *honrador del estaño* (monedero falso)—escribí de Madrid, Juan—que Jaspe fué luminaria—del camino de Alcalá».

Además de las copiadas, encontramos, entre otras muchas palabras: *guarta* (mancebía), *sorna* (noche), *ahogado en zaraguelles* (morir en la horca), *hijo de tintero* (escribano), *hechos* ó *hechizos* (naipes preparados), *humillo*, *raspadillo*, *sola*, *colmillo*, *espejo de claramonte* (trampas del juego), *dar revesa* (ganar un fullero á otro), *descornar la flor* (descubrir la trampa).

Si comparamos la *jerga* actual con la de los siglos anteriores, para lo cual entendemos ser suficiente lo expuesto, ad-

Digitized by Google

viertense á primera vista las radicales transformaciones que ha sufrido; variaciones, consecuencia á su vez del importante cambio experimentado por la sociedad, principalmente en las costumbres, y el haber variado también la organización de los Tribunales, las funciones ó atribuciones de las autoridades y sus subalternos, los procedimientos y amanerados ritos judiciales, las penas, los establecimientos destinados á su cumplimiento, la manera de ser de la curia, los agentes encargados de la seguridad pública, etc., etc., por más que estas modificaciones no hayan sido tan profundas como fuera de desear. Con efecto; no pocas palabras y aun frases desaparecieron al mismo tiempo que las del idioma castellano que representaban; otras por haber sido abolidas las penas á que se referían, como los azotes, mutilación, galeras, exposición á la vergüenza pública, argolla, trabajos en las minas, marca, horca, tormento, etc.; no pocas porque se referían á cargos ó empleos que han desaparecido, ó á objetos caídos en desuso; bastantes han cambiado de significación, como tahur, florero; no pocas por haberlas sustituído otras, cuales los nombres de los delitos, los procedimientos de éstos, las herramientas, las clases de juegos, las trampas, los trajes, etc.

Todo ello demuestra que la criminalidad se compenetra íntimamente con la sociedad; que aun cuando en perenne lucha con ella, se identifica con su vida; que está sometida á las mismas influencias; que marcha á su lado; y demuestra igualmente que el criminal, si bien generalmente no iguala en inteligencia al hombre normal, acaso por el influjo del ambiente en que vive sumido, tal vez por lo difícil de su lucha por la existencia, no carece de aptitudes especiales; que cumple la ley de la evolución, y que sabe utilizar, y utiliza, todo cuanto le proporciona algún provecho.

Si encontramos las pruebas en el organismo de sus asociaciones, en su vida, en sus costumbres, en los procedimientos que adopta para cometer los delitos, en los medios á que acude para burlar la ley, más claras, más evidentes las suministra

Digitized by Google

su lenguaje: nunca mejor puede decirse que el lenguaje es el hombre.

Su transformación ha sido radical: en él podría estudiarse la marcha de la delincuencia paralela á la de la civilización; en él los cambios físicos y psíquicos del llamado sujeto del delito; en él los esfuerzos de los poderes públicos para defender á los ciudadanos. Puede decirse que el revolucionario y fecundo siglo XIX, lo ha sido hasta en lo sombrío: con él, desaparecida la *jerga* antigua, ha comenzado el moderno *caló*.

(Se continuará.)

MANUEL GIL MAESTRE.

Digitized by Google

CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO EGIPCIO

El origen de Egipto, como acontece con la mayor parte de las antiguas civilizaciones orientales, se pierde en las nebulosidades de la fábula y en las exageraciones de mitológicas leyendas.

Hasta hace pocos años, ayer puede decirse, las únicas fuentes de conocimiento que existían para el estudio de esta interesante, y bajo muchos conceptos, singular civilización, se reducían á las obras de los clásicos griegos, Herodoto (1) y Diodoro de Sicilia (2), y de Manethon, sacerdote egipcio, y de Josefo, el célebre historiador de los judíos, siendo las noticias que tales escritores proporcionaban asaz incompletas y contradictorias.

Mas desde principios de este siglo van surgiendo una pléyade de hombres insignes, Champollion (3), de Rougé (4), Ampere (5), Lenormant (6), Masperó (7), y antes Mariette, y otros muchos egiptólogos franceses, alemanes é ingleses, que merced á sus profundas investigaciones, especialmente las del primero, que logró descifrar y leer los jeroglíficos egipcios, ha podido

(1) Lib. 2.°
(2) Lib. 1.°
(3) L'Egipte sous les Pharaons.
(4) Recherches.
(5) Voyage en Egypte.
(6) Histoire ancienne de l'Orient, 1865, tomo 3.°
(7) Histoire ancienne des peuples de l'Orient, 1875.

Digitized by Google

reconstruirse casi del todo el edificio de la historia y cultura del antiguo Egipto, y proporcionar así al mundo contemporáneo el espectáculo de una civilización cuasi perfecta en épocas remotísimas, en épocas en que el actual continente europeo estaba sumido en la barbarie y en la ignorancia, y dar á conocer, siquiera sea todavía imperfectamente, el cuadro de su original legislación.

¿Vinieron los egipcios del centro de Africa ó del interior del Asia? Según el testimonio casi unánime de los escritores antiguos, pertenecían á una raza africana, que, establecida desde luego en la Etiopía, sobre el Nilo medio, fué gradualmente descendiendo hacia el mar, siguiendo la corriente del río. Diodoro asegura que los etiopes colonizaron las comarcas de Egipto, aduciendo, como prueba de su afirmación, la analogía de su gobierno, escritura, organización de la clase sacerdotal, etc.; pero estas analogías, que tan concluyentes parecían á los antiguos, han perdido todo su valor ante el testimonio de los documentos jeroglíficos. Hoy se sabe, sin género alguno de duda, que lejos de haber colonizado Etiopía á Egipto, fué éste quien colonizó á aquélla, durante la duodécima dinastía, y formó parte integrante durante siglos del territorio egipcio. En lugar de descender la civilización, remontó el curso del Nilo. Además, la Biblia, por otra parte, atribuye á los egipcios procedencia asiática. Misraim, hijo de Cam, hermano de Koush, el Etiope, y de Canaan, se fijó con sus hijos en las orillas del Nilo.

Los egipcios, según recientes investigaciones hechas por MM. Masperó, Renan, de Rougé y Lepsius, pertenecieron á las que se puede llamar razas proto-semíticas. Procedentes como ellas del centro de Asia, pasaron al Africa por el istmo de Suez, y encontrando establecida á orillas del Nilo otra raza, probablemente negra, la rechazaron al interior, y se posesionaron de Egipto.

Serían necesarios inmensos pormenores para dar á conocer todo lo que los monumentos nos indican acerca de las costum-

Digitized by Google

bres de los egipcios. Este pueblo era á la vez agricultor, industrial y guerrero. El fértil suelo del valle del Nilo hizo que fuese numerosa la población que se dedicó á la agricultura; y si las máquinas talmente dichas faltaron siempre á los egipcios; si la fabricación de los objetos de uso diario de la vida la obtuvieron por procedimientos sencillos, los objetos de lujo, á la vez elegantes y costosos, se elaboraron muy pronto en aquel país, y de ello es buena prueba la multitud de objetos egipcios que se contienen en los Museos de Europa; y finísimas telas, preciosas manufacturas de metales ricos, porcelanas, cristales, esmaltes y mosáicos, habían logrado allí alto grado de perfección, exportándose á lejanas tierras; teniendo lugar el comercio por medio de la permuta y por los metales en lingotes, toda vez que desconocían esa mercancía intermediaria á que se ha dado el nombre de moneda.

El carácter de los egipcios era comunicativo y de suaves costumbres, cual convenía á un pueblo tan obediente, profundamente religioso y tempranamente civilizado. Tenían gran respeto á los ancianos, á los que se guardaban las mayores consideraciones.

Interesantísima es también la escritura de este pueblo, á la que los griegos dieron el nombre de jeroglíficos, que quiere decir escrituras sagradas. Ni los griegos, ni los romanos, durante sus respectivas dominaciones, se cuidaron gran cosa de aprender á leer los escritos de los egipcios, y durante muchos siglos han sido un verdadero arcano, un misterio, hasta que, gracias á la penetrante perseverancia de Champollión, que realizó uno de los más grandes descubrimientos del presente siglo en el campo de las ciencias históricas, pudieron fijarse sobre sólidas bases los principios de la lectura de los jeroglíficos; penosa senda que más tarde han recorrido con gloria Lenormant, Ampere, de Rougé, Mariette y Chabas, en Francia; Lepsins y Bruysch en Alemania, y Birch, entre otros, en Inglaterra. No eran los jeroglíficos una escritura misteriosa y reservada únicamente á la clase sacerdotal, sino vulgar y común, como lo

Digitized by Google

prueban las inscripciones descifradas en toda clase de objetos, aun en los de uso doméstico. Tampoco los jeroglíficos son siempre *símbolos*, como se pretendió en algún tiempo; hay, es verdad, caracteres *simbólicos*, como hay también caracteres *representativos*, por consistir en el objeto mismo que aparece en ellos; pero la mayoría de los que se hallan en todo jeroglífico son *fonéticos*, es decir, sílabas ó letras que pertenecen á un alfabeto, aunque algún tanto complicado.

Además de esta escritura, tenían los egipcios otra cursiva, á la cual inexactamente los griegos llamaron *hierática*. Sus caracteres son una abreviación más ó menos alterada de los jeroglíficos. En ella se escribieron los registros de cuentas y los contratos de la décimaoctava y décimanovena dinastías. Y por último, en el siglo VII anterior á Jesucristo, se principió á usar una escritura todavía más abreviada, que los griegos llamaron *demótica*.

Célebre y rica debió ser la literatura egipcia cuando los autores clásicos hablan con tanta frecuencia de sus producciones. En el Ramesseum de Karnak se ha encontrado la sala de la biblioteca puesta bajo la protección de Thosh, dios de las ciencias y de las artes, y de la diosa Saf, señora de las letras. Desgraciadamente no han llegado hasta nosotros sino pequeños restos de todas aquellas riquezas literarias, en las cuales buscaban instrucción los más grandes escritores de la antigua Grecia; pero con lo que hasta el presente se ha encontrado y se ha leído en manuscritos existentes en los Museos de Turín y en el Británico, basta para formar idea de la variedad de materias que contenían los libros egipcios. Aquel pueblo había llevado muy adelante sus investigaciones en astronomía, geometría, medicina, que era toda ella empírica, filosofía, de cuya ciencia se conservan restos de una obra, consistentes en fragmentos que Mr. Chabás analizó en la *Revue Archeologique*, trabajo que se supone escrito durante alguno de los primeros reinados de la duodécima dinastía, y contiene los de dos filósofos, uno de los cuales vivía en la época de la tercera dinastía, y otro en

Digitized by Google

la de la quinta, más de tres mil años antes de Jesucristo; razón por la que se ha llamado el libro más antiguo del mundo. No revela esta obra gran profundidad en su concepción. En ella se descuidan las ideas especulativas para hablar de hechos positivos; la teoría cede á la práctica; se observa al hombre, con sus pasiones, sus hábitos, sus tendencias y sus desfallecimientos, no para formar con su estudio un sistema filosófico, sino con el fin de reformar lo que su naturaleza tiene de imperfecta en sí misma y de enseñar al alma el camino de una gloriosa eternidad.

En un país tan profundamente religioso, como luego observaremos, están en primer término las obras que á la religión se refieren. Tal es, por ejemplo, la que los egiptólogos han denominado *Ritual funerario*, pero cuyo verdadero título es *Libro de la manifestación á la luz.* Cuéntase en este famoso libro toda la serie de peregrinaciones que el alma, ya separada del cuerpo, está obligada á cumplir en las diversas regiones del ciclo infernal, y hállanse también en su texto himnos, oraciones, fórmulas para todas las ceremonias relativas á los funerales y al culto de los muertos. Forma su fondo la doctrina de la inmortalidad del alma, pero al mismo tiempo sin que se halle una concepción clara de su personalidad.

Lugar muy distinguido debió ocupar en la literatura egipegipcia la historia, aun cuando se reducen á poco los monumentos históricos de Egipto que hoy se conocen. Entre ellos no carece de importancia el fragmento de una crónica de la expulsión de los Pastores, con el advenimiento del segundo Imperio, suceso que tuvo lugar unos 1800 años antes de Jesucristo; y la tiene verdadera un papiro conservado en el Museo de Turín, y un fragmento de mapa geográfico del tiempo de Seti I, 1500 años antes de la era cristiana, que comprende la región de las minas de oro de la Nubia. Otros papiros, y en particular los del Museo Británico, contienen colecciones de cartas de escribas célebres, conservadas como modelos de estilo, y en algunos párrafos contienen datos de interés para la historia.

Digitized by Google

Parece que no ha de prestarse mucho la grave y solemne literatura de Egipto á la creación de obras de pura imaginación, como las novelas, y sin embargo, también tiene algunas, y ha traducido el egiptólogo Mr. de Rougé la más importante de todas las que han llegado hasta nosotros, titulada *Historia de dos hermanos*.

También se conservan, finalmente, en el Museo de Berlín un ejemplar de un tratado de medicina, y en el Británico un papiro conteniendo teoremas de geometría. Sobresalían los egipcios en la astronomía, acerca de cuya ciencia profesaban doctrinas verdaderamente curiosas, y algunas de ellas bastante exactas.

El genio de los egipcios se refleja exactamente en el carácter general de su arquitectura. Un pueblo que creía firmemente en la inmortalidad del alma, y por tanto en la existencia de una vida futura; un pueblo que ha conservado sus momias más de 4.000 años, había de desenvolver en su arquitectura las dimensiones que aseguran la solidez del edificio y el presagio de su eterna duración. La inmensa anchura de las bases es el rasgo peculiar de sus monumentos; muros, pilares, columnas, todo, en efecto, en la construcción egipcia, se caracteriza por su espesor é inmensas proporciones. Y como para añadir algo á la evidencia de su inmoble solidez, la anchura de sus bases es aumentada todavía por una inclinación en talud, que da á toda la arquitectura una tendencia piramidal. Así es que todos los monumentos egipcios, aun aquellos más célebres por sus asombrosas alturas, son, sin embargo, todavía más notables por la inmensidad de su anchura, que parece hacerlos imperecederos y eternos.

El estilo egipcio es monumental por el laconismo del modelo, por la austeridad de las líneas y por su parecido con las líneas horizontales y verticales de la arquitectura. Es imponente, porque es una pura emanación del espíritu; es colosal hasta en las más pequeñas figuras, porque es sobrenatural y sobrehumano.

Digitized by Google

La pintura conocióse también en este país, por más que los egipcios la empleasen únicamente de una manera decorativa. Las viñetas del *Ritual funerario* se hallan dibujadas con una libertad, una seguridad de mano y un atrevimiento extremos, algunas veces con una pureza en los rasgos, que recuerda las decoraciones de los vasos griegos.

Réstanos para terminar nuestro estudio en lo referente al arte egipcio, dar una idea, siquiera sea muy breve (como lo pide la índole de este trabajo), de los monumentos del antiguo Egipto. Los más imponentes por su masa y por su antigüedad son, sin contradicción, las grandes pirámides de Gizeh. Se compone una de ellas de más de 200 hiladas de bloques enormes; intacta tenía 152 metros de altura; su base medía 235 metros de anchura, y en fin, las piedras de que se compone forman una masa de 25 millones de metros cúbicos. Para aliviar del peso inmenso que debía sostener la cámara destinada al sarcófago real, existen debajo cinco cámaras. La orientación de este gigantesco monumento es perfecta: sus cuatro caras corresponden exactamente á los cuatro puntos cardinales. La esfinge colosal que se ve al pie de las grandes pirámides y que forma como su apéndice, tiene 90 pies de largo y cerca de 74 de alto; su cabeza tiene 26 pies.

También son monumentos notabilísimos el famoso laberinto construído, según Manethon, por un rey de la duodécima dinastía; las grutas funerarias, remontándose las más antiguas á la undécima, y siendo las más notables la de Ramsés III, Seti I y Ramsés V; los palacios, citándose con admiración un edificio, que recuerda á Ramsés II y su familia, por lo que Champollion le llamó Ramesseum, el palacio de Amenhotep III y otros muchos, cuyas majestuosas ruinas todavía contempla en Tebas el viajero; los templos, entre los que es el primero el Karnak, el Serapeum y otros muchos, que dan idea á las modernas generaciones de las creencias de aquel pueblo, reflejadas en sus imponentes y severas construcciones.

Todo ha cambiado muchas veces, después que esos monu-

Digitized by Google

mentos se levantaron; costumbres, ciencias, leyes, artes, gobierno, religión, y más fuertes que la ignorancia, que la guerra, que la naturaleza, se alzan triunfantes en medio de la destrucción de los combates y del transcurso de las edades.

Treinta siglos han pasado ante esas pirámides, y todavía la curiosidad del hombre busca el objeto que se propusieron sus autores. Quién, como Tácito, ve sólo en ellas una emulación de fausto y de opulencia; otros, como Plinio, creen que sólo el orgullo fué el móvil de sus autores; algunos ven en ellas los graneros públicos mandados construir por orden de José, hijo de Jacob. Diderot encuentra que las pirámides fueron monumentos conservadores de ciencias, artes, de todos los conocimientos.

Hemos examinado, aunque brevemente, la mayor parte de las esferas de la actividad del espíritu humano. Resta tan solo estudiar, aunque sea á grandes rasgos, uno de los fines sustantivos, al par que formales, de la vida de un pueblo, la religión, para terminar esta primera parte.

En Egigto había, en realidad, dos religiones: la una para el uso del pueblo, que no era otra cosa que una forma exterior de la doctrina esotérica, y presentaba un monstruoso conjunto de las más groseras supersticiones; y la otra, conocida solamente de los que habían profundizado la ciencia religiosa, contenía algunos dogmas más elevados y formaba una especie de teología sabia, en el fondo de la cual se encuentra la grande idea de la unidad de Dios. Herodoto nos enseña, en efecto, que los egipcios de Tebas reconocían un Dios único, que no había tenido principio y no debía tener fin. Esta aserción del padre de la historia se confirma por la lectura de los textos sagrados del antiguo Egipto, en los que se dice de este Dios: «que es el solo generador en el cielo y en la tierra, y que él no ha sido engendrado... Que es el solo Dios vivo en verdad, el que se engendra á sí mismo, el que existe desde el principio... que todo lo ha hecho y él no ha sido hecho por nadie.»

Esta idea sublime, reflejo de una revelación primitiva, ha

Digitized by Google

presidido tal vez á la construcción de los más curiosos templos de Egipto. Así al menos podrían explicarse esos grandes edificios religiosos de las edades primitivas, sin imágenes esculpidas, sin ídolos, como Mr. Mariette ha descubierto cerca de las pirámides. Desgraciadamente, la idea de un Dios único se confundió poco á poco con las manifestaciones de su poderío; sus atributos y sus cualidades fueron personificados en una porción de agentes secundarios, distribuídos en una jerarquía, concurriendo á la organización general del mundo y á la conservación de los seres. Así se formó este politeismo que, en la variedad y extravagancia de sus símbolos, acabó por comprender la naturaleza entera.

El espíritu del pueblo egipcio estaba tan preocupado con la creencia en una existencia ultraterrena, que creía vislumbrarla en mil fenómenos naturales, sobre todo en el diario curso del sol. Le parecía ver reproducirse en la marcha de ese astro las transformaciones reservadas al alma humana. El sol, ó como decían los egipcios, *Ra*, pasa alternativamente de la mansión de las tinieblas ó de la muerte, á la de la luz ó de la vida. La concepción teológica de los egipcios no se limitaba á considerar al sol como una sola divinidad, sino que lo dividía en otras muchas; en su existencia nocturna es *Atoum*, cuando brilla en el meridiano *Ra*, cuando nace es *Khéper*. Estas fueron las tres formas de la divinidad solar.

El antropomorfismo, es decir, la concepción de los dioses en figura humana, también era conocido y practicado por los egipcios, hasta el punto, como se verá al examinar los atributos y prerrogativas de la soberanía, que los mismos Faraones eran adorados en vida.

Otra de las divinidades más importantes de la teogonía egipcia era *Osiris*, el sol del hemisferio inferior ó sol infernal, emblema de la otra vida; se le asignaban como asesores las doce horas de la noche, representadas en otros tantos dioses, á la cabeza de los cuales se colocaba *Horus*. El mal fué personificado también por otra divinidad, *Set*, llamado otras veces *Baal*.

Digitized by Google

En el *Ritual funerario*, anteriormente indicado, existen viñetas en que se hallan representadas las diferentes escenas de la existencia invisible del alma luego que se separa del cuerpo; así como también en las tumbas y en los féretros de las momias abundan pinturas semejantes.

En el culto exterior ó público, las divinidades, indefinidamente multiplicadas, se agrupaban siempre por triadas ó grupos de tres, que aparecían á los ojos del pueblo como la imagen de la generación divina, con los rasgos de una familia constituída como la de los hombres, y compuesta de un padre, una madre y un hijo. Cada triada era adorada en el santuario de una de las ciudades capitales de las provincias. No había dos que adorasen la misma triada.

La suprema era la de Tebas, compuesta de *Ammon-Ra*, el dios más grande del culto oficial de Egipto, á partir de la duodécima dinastía, de *Mant*, la madre divina por excelencia, y de *Chons*, hijo de *Ammon* y transformación de éste, puesto que en estos grupos divinos el hijo se identifica con su padre. *Ammon* es la forma más elevada y espiritualista que el sacerdocio egipcio presentó á la adoración. Es el dios invisible é insondable, el resorte que crea, conserva y gobierna al mundo.

El dios padre en la triada de Memphis era *Phath*, personificación de la energía creadora; su esposa era *Pascht*, considerada como vengadora de los crímenes; el *Sol* era su hijo, en el santuario de la vieja capital de las primitivas dinastías. Pero de todas estas triadas la que fué objeto de un culto universal en todas las regiones de Egipto era la de *Osiris*, *Isis* y *Horus* (1).

El simbolismo era la esencia de la nación egipcia y de su religión. El abuso de esta tendencia prudujo la más grosera y

(1) Entre sus divinidades principales figura también *Hermes*, compañero de Osiris, que representaba el desenvolvimiento de la inteligencia divina y humana; se le atribuían todas las invenciones científicas é industriales, la escritura, la astronomía, la medicina, etc., y según la tradición había enseñado, las leyes sociales y el culto de las cosas sagradas.

Digitized by Google

monstruosa aberración del culto exterior y popular de la tierra de Misraim. Para simbolizar los atributos, cualidades y naturaleza de las diversas divinidades, los sacerdotes recurrieron á seres del reino animal. El toro, la vaca, el gato, el cocodrilo, el hipopótamo, el escarabajo, el ibis, eran los emblemas de diversos personajes divinos. De aquí la existencia de animales sagrados, cuya muerte se castigaba con severas penas, como veremos al estudiar el derecho penal de este pueblo; cuyos animales se alimentaban según sus gustos en el templo del dios al que estaban consagrados, y después de muertos se embalsamaban. Los más venerados de estos animales eran: el toro *Mnévis*, encarnación de Osiris, adorado en Heliópolis, y cuyo culto se cree fué establecido por un rey de la segunda dinastía; el macho cabrío de *Méndes*, encarnación del dios *Khun*, en el que se personificaba la fuerza productora; y finalmente, el buey *Apis*, encarnación de *Phath*, que tenía el principal culto en la religión de Memfis.

Tal era la religión del pueblo egipcio, que breve y concisamente hemos estudiado; una mezcla de algunas verdades sublimes, vestigios de la revelación primitiva, mezcladas con concepciones metafísicas y cosmogónicas frecuentemente desordenadas y siempre grandiosas.

Hechas estas indicaciones sobre la civilización en general del pueblo egipcio, pasaremos á hacer el examen de su derecho.

(Continuará.)

FRANCISCO GÓMEZ DEL CAMPILLO.

Digitized by Google

HEREDAMIENTOS

El Derecho, lo mismo que otras ciencias, tiene, á no dudarlo, principios axiomáticos admitidos por todos los hombres, sean cuales fueren las circunstancias del lugar y tiempo en que se apliquen ó consideren; y así, no es de extrañar que sujetados tales principios al crisol de la más exigente crítica jurídica, aparecen más potentes y luminosos, cuanto más profundo es el examen que sobre ellos recae. La regla moral y jurídica de que se debe al hijo por el autor de sus días protección y amparo—hablamos de ésta, no porque en ella se observe lo antes manifestado con mayor claridad que en otras más generales y abstractas que podríamos citar; sino porque tiene una relación muy íntima con el epígrafe que encabeza estas líneas—es, ha sido y será siempre una máxima inconcusa, que en vano tratarán de rechazar, así el persa como el hotentote, el australiano como el yankée, escudándose en su diversidad de condiciones etnográficas, religiosas é históricas, pues independientemente de tan opuestos caracteres, que cambian por completo su modo de ser y de sentir, han de aceptar, quieras que no, aquel y otros eternos principios de justicia que el Sumo Hacedor, como piedras angulares sobre las que descansa la humanidad, infundió en su conciencia para que les sirvan de norte en el cumplimiento de su verdadero y adecuado fin.

Pero si es indudable que los axiomas aludidos se imponen á toda inteligencia que no esté perturbada, no es menos exacto también que cuando trata el hombre de convertirlos en reglas

Digitized by Google

de derecho positivo para el bien general de la sociedad y en particular de la familia, ya que por sí mismos no alcanzan á determinar los derechos y deberes que en el seno de una y de otra nacen, en este caso, no es menos exacto también, repetimos, que las más de las veces á la luz deslumbradora de dichos principios sucede la duda y la confusión, no siendo maravilla observar las más encontradas opiniones entre los que se afanan para esclarecer tan útiles y transcendentales cuestiones: tal es la falibilidad humana.

El ilustre Domat, en la docta obra *Las leyes civiles en su orden natural*, establece entre ellas una división fundamental, formando al efecto dos grupos: leyes que el sabio autor califica de *inmutables*, y leyes que designa con el adjetivo de *arbitrarias*, no en el sentido de que choquen con los más rudimentarios principios que dictan la justicia y la equidad, sino teniendo tan sólo en cuenta la diversidad que entre ellas se observa, atendidas las peculiares condiciones en que se encuentra el pueblo en que las mismas deben regir.

Cuando de estas últimas se trata—y creemos que los heredamientos deben comprenderse evidentemente entre ellas—todo el mérito consiste en determinar primero la necesidad ó la razón filosófica de su existencia; y una vez orillado este primer punto, ver si el derecho positivo que las contiene—importa poco que revista la forma de ley ó de costumbre, siempre que ésta sea elevada á la categoría de la primera—corre parejas, no sólo con los principios cardinales y absolutos del derecho, pues esta conformidad en algunos casos es insuficiente y aparece contradictoria por imponerse los preceptos de la justicia distributiva á los más generales y abstractos de la conmutativa; sino también con la esencia íntima de los intereses y necesidades que regula, teniendo siempre en cuenta el bienestar de todos los miembros de la familia, y como consecuencia de éste el de la sociedad en general.

Comprendemos que es abstruso y árduo el problema; que lo encarnan contrapuestos intereses y diversas opiniones; que de

Digitized by Google

una parte luchan en esta materia—hablamos del heredamiento—la ley ó costumbre que lo autoriza con el amor paterno y los preceptos de la justicia; que juegan también en él importantísimo papel las afecciones más sagradas é íntimas de la familia; que no tienen escaso valor, así para cada hogar en concreto, como para el bien común, las múltiples cuestiones económicas que el heredamiento entraña; y que, como consecuencia de estas últimas, según sea el sentido en que se resuelvan, así serán las costumbres, aspiraciones y moralidad de los pueblos.

En medio de tantas dudas, no es dable admitir ó rechazar de buenas á primeras el heredamiento, sobre todo por ser el mismo uno de aquellos problemas que ofrecen á primera vista aspectos deslumbradores, cual piedra falsa á la luz de esplendoroso sol; lo cual ha hecho que cegados sus panegiristas por alguno de los fines, más brillante que sólido, á que según ellos tiende el heredamiento, le han sublimado, considerándole como el régimen familiar que mejor engrana con las costumbres y vida doméstica del pueblo catalán; sin embargo, todas sus alabanzas provienen, en nuestro concepto, de no haber profundizado con la detención debida y libres de todo prejuicio la esencia íntima de la institución que nos ocupa, de tal modo que aquéllas no resisten el más ligero embate de una crítica severa y razonada.

Después de lo anteriormente consignado, preguntamos: ¿Es justo, es racional, es útil el heredamiento? ¿Sufriría algún quebranto la vida íntima de la familia catalana, si por un momento se eliminase de nuestras leyes esta institución? ¿Los partidarios de la misma, al ensalzarla, han comprendido adecuadamente todos los efectos que de ella dimanan, y el genuino carácter é interioridades de nuestro hogar? ¿Han reparado asimismo que el buen sentido de los jefes de la familia que me ocupa, ha destruído de raíz, y destruye siempre con sus prescripciones, los sorprendentes resultados que en su sentir surgen del heredamiento?

Digitized by Google

Duélenos, sobremanera, no estar de acuerdo en la resolución de estas cuestiones con la mayor parte de tratadistas de nuestro derecho; y decimos con la mayor parte, porque no todos, especialmente los más conspicuos, entre los cuales podemos citar á los ilustres Fontanella, Cancer y Antonio Oliva, son partidarios del heredamiento.

Se nos tachará, tal vez, al conocer nuestro criterio respecto á éste, de detractores del derecho catalán, y de poco afectos á las tradiciones y costumbres de ésta por más de un concepto privilegiada tierra; nada, sin embargo, más opuesto á nuestros sentimientos. Catalán por nacimiento, catalán por carácter y catalán por nuestros ideales, hemos sentido siempre franco amor por todas las glorias de esta región; y más que los ruidosos hechos de armas, de los cuales puede ciertamente enorgullecerse Cataluña, nos han atraído con verdadero entusiasmo y fruición las nobles tendencias y elevadas aspiraciones de nuestros abuelos.

Esto no empece, sin embargo, para criticar lo que sea digno de censura, á pesar de haberse observado por mucho tiempo en Cataluña, como con el heredamiento sucede; que servilismo y no amor á las instituciones catalanas significaría aprobar por sistema todo cuanto éstas consignan; además de que, ante la verdad, ridículo es mostrar afecciones, ya que ella á todo se impone, debiéndose repetir en este caso una vez más el conocido aforismo: *Amicus Plato, sed magis amica veritas.*

Con lo expuesto, fácil es haber comprendido que no tratamos del heredamiento bajo el aspecto positivo, ó mejor dicho, de los derechos y obligaciones que el mismo crea; ilustrados tratadistas tenemos que dilucidan con sumo tacto estos importantes puntos. Nuestra investigación se dirige á determinar la necesidad ó razón filosófica de su existencia, su conformidad ó discordancia con la justicia y la utilidad que presta en nuestra comarca.

Al tratar de la antigüedad del heredamiento, no deja de ser un dato muy elocuente contra el mismo el hecho de que

Digitized by Google

una institución que tan á maravilla resuelve—en opinión de sus partidarios—las más nimias cuestiones de familia, no tenga su raíz en el concienzudo y casuístico Derecho romano.

Se ha dicho, no obstante, para afianzar su entronque con este derecho, que en la Novela 19 del Emperador León, se autoriza un pacto de naturaleza muy análoga á la del heredamiento; pero si se tiene en cuenta el distinto espíritu que informó el derecho de Oriente del que privó en el que podemos llamar genuino derecho romano de Occidente, y que la Novela indicada jamás ha estado vigente en Cataluña, á ojos vistas resulta que carece de todo valor semejante consideración, alegada además para sancionar con la antigüedad la institución de que tratamos. Ésta es, pues, exclusivamente catalana; nació probablemente en el siglo XII, más que de la costumbre, de una corruptela, y fué reconocida su validez á mediados del XIV, ó sea en la Constitución única, tít. 2.º, libro 5.º, volumen 1.º de las de Cataluña, dada en las Cortes de Perpiñán del año 1351. No se nos diga que nada significa no conocerse en Roma el heredamiento, porque dado el carácter del Pueblo Rey y su especial organización política y civil, nunca se hizo sentir su necesidad. Contestaremos á esta objeción—que en más de un tratado hemos visto consignada—que quien se precie de conocer medianamente la vida familiar de los romanos, ha de convenir con nosotros que las mismas causas ó necesidades—si es que haya alguna—que originaron durante la Edad Media en Cataluña los heredamientos, existieron con mayor apremio en Roma. ¿Creéis acaso que entrado el *pater familias* en edad madura explotando algún predio—nos fijamos en agricultores, porque se ha dicho por varios tratadistas que el heredamiento es útil tratándose de esta clase, y no cuando se aplica á la artesana ó mercantil, con lo cual limitan más de lo que quisieran su eficacia y aplicacion—créeis acaso que el *patèr familias* en aquellas circunstancias no necesitaba del auxilio y apoyo de alguno de sus hijos, fuese ó no el primogénito, para llevar á feliz término la empresa en que se ocupaba? ¿Creéis acaso

Digitized by Google

que no preocupaban al mismo anciano la conservación, aumento y esplendor de su patrimonio? ¿Creéis acaso que no hubiera deseado también dicho jefe, dado el carácter patriarcal de la familia que nos ocupa, que sus individuos, sangre de su misma sangre, vivieran bajo el mismo techo, siendo siempre la casa paterna el asilo de la orfandad y de la desgracia?

Bien sé que estos nobles fines no son prendas exclusivas de los catalanes; sino que acompañarán al hombre doquier que se halle, ya que el afán de progreso y la mejora de condición del mismo y de los suyos son ingénitos á su naturaleza; ¿cómo se explica, pues, que existiendo en Roma, lo mismo que en todos los demás pueblos, las causas ocasionales del heredamiento, sin embargo, no surge, no se crea semejante institución? Fácil es la respuesta: el heredamiento, si ha de estar conforme con su esencia, y ha de producir los frutos que sueñan sus defensores, ha de ser absoluto é irrevocable, de tal suerte, que cualquiera modalidad ó limitación que le acompañe, lo desnaturaliza por completo, como veremos más extensamente muy luego; pues bien, ¿qué significa un heredamiento absoluto é irrevocable en el seno de una familia? ¿No véis la desorganización de la misma? ¿No véis el entronizamiento de una nueva autoridad que no se necesita, en primer término, ó á lo menos que no es cuerdo que haga ó pueda hacer cumplir por derecho propio sus mandatos, y en segundo, que por la ley misma es antitética y destructora de la del padre, único jefe indiscutible en todo tiempo de la familia? ¿No véis que éste en la mayoría de casos, y aun en todos, si el heredamiento ha de ser algo, pierde su ascendiente y autoridad deshaciéndose de los bienes, ya que, por desgracia, en nuestros malhadados tiempos el poder moral queda poco menos que reducido á cero cuando le faltan los bienes, que son su escudo y garantía? ¿No véis que á la égida amorosa del padre se sustituye el interés exclusivo y egoísta, las más de las veces, del hermano?

Resulta, por lo tanto, que si en la legislación romana no

Digitized by Google

existe el heredamiento, debe atribuirse al buen sentido práctico de aquel gran Pueblo, que jamás consintió, por exigirlo así el régimen natural de la familia, y otras causas que manifestaremos en el decurso de este trabajo, que se levantara frente á frente de la autoridad paterna otra que, ni por sus miras, ni por su origen, puede desempeñar el sagrado ministerio que á ésta corresponde. La misma consideración es la que, en nuestro concepto, ha impedido que el heredamiento se adoptase en las legislaciones modernas.

Mas dejando aparte estas consideraciones históricas, examinemos concienzuda y detenidamente la institución, para ver con claridad lo que en su fondo contiene.

Fontanella, en la erudita obra *De Pactis nuptialibus*, cláusula 4.ª, glosa 6.ª, núm. 3.º, al tratar de explicar la esencia del heredamiento, consigna: *Dicitur autem hæreditamentum, licet revera contractus sit inter vivos, propterea quod censeatur pater donando filio in contractu matrimonii prævenire diem supremi judicii et illius dispositionem*; lo cual significa: Aunque se llama heredamiento, es, sin embargo, un verdadero contrato entre vivos, por medio del cual se ha de juzgar, haciendo el padre donación al hijo que contrae matrimonio la voluntad de aquél en el día de su muerte.

El heredamiento es, pues, una donación entre vivos que se hace al hijo en capítulos matrimoniales, teniendo en consideración el donador el día de la muerte; de lo cual se desprende su irrevocabilidad en cuanto participa de la naturaleza del contrato, asimilándose á las disposiciones de última voluntad, respecto á que todo lo que en él se estatuye, dice relación al momento de la muerte del padre.

Suponemos que nuestros lectores conocen la división que los tratadistas hacen de los heredamientos en puros y condicionales, y la de éstos—sin que sea decir que puedan existir otros—en preventivos y prelativos; que saben también perfectamente el concepto jurídico que separa unos de otros, y que no ignoran asimismo que los puros casi siempre se otorgan en

Digitized by Google

favor del hijo que se casa, y los condicionales en el de los hijos que se esperan tener del matrimonio, por cuya contemplación se otorgan las cartas dotales; no significando esto, por otra parte, que no pueda otorgarse, y se otorga algunas veces, heredamiento puro en favor de estos hijos. Partiendo de esta base, omitiremos, pues, la definición de cada uno de los heredamientos de los cuales acabamos de hacer mérito, y pasaremos sin más rodeos á la crítica de la institución.

Si el heredamiento, aun en el caso de existir un solo hijo cuando se otorga, y en el de nacer también nada más que un hijo en los preventivos y prelativos, es un contrasentido, semejante improcedencia sube de punto cuando en la familia hay varios hijos que conmutativamente tienen opción á gozar de los mismos derechos y prerrogativas que el *heredado*.

La institución de que hablamos claudica por su base, lucha con la sana razón y desatiende los más vulgares rudimentos de previsión, cualidad en la que debe inspirarse todo buen legislador de una familia. Nadie negará que el premio y la recompensa deben otorgarse solamente á quien por su moralidad, por su amor al trabajo, por sus hábitos de economía, por el respeto á sus confamiliares y demás prendas de este jaez, se hace acreedor á ellos; pues bien, el heredamiento barrena por completo este sano y fundamental principio. Así es, en efecto, porque ¿qué significa heredar purà, preventivà ó prelativamente al hijo no nacido todavía? ¿No es exponerse á entregar la herencia, y con ella la autoridad moral y legal que los bienes representan, á una persona que, en vez de ser el consuelo de los ancianos padres, desatienda, escudado con la posición que el heredamiento le da, los solícitos cuidados á que éstos son acreedores, ya por los años, ya por los desvelos que pasaron para criar al hijo, que tal vez amargará los últimos días de su vida? ¿No es exponerse á lucha perenne entre el *heredado*, sus tíos y demás deudos, individuos que por efecto de la institución que impugno están reunidos las más de las veces en la casa *payral*, según sus partidarios, si en vez de albergar aquél

Digitized by Google

nobles y elevados sentimientos de familia, le guían tan sólo el interés y el egoísmo, cuando no la perversidad? ¿No es exponerse, en fin, á ver menguar cada día el patrimonio familiar, alcanzado á costa de tantos sudores y afanes, cuando la laboriosidad, previsión y economía que el hijo debiera reunir, y en los que el padre cifraba sus esperanzas, se truecan por la holganza y despilfarro?

Diráse, sin embargo, que este peligro é inconveniente no existen en el heredámiento puro hecho en favor del hijo que contrae matrimonio, porque en este caso el padre ha tenido tiempo más que suficiente para apreciar las cualidades del *heredado*. ¡Poco conocen el corazón humano quienes así se expresen! La virtud y la abnegación son verdaderas excepciones, por desgracia, en este mundo; y la experiencia demuestra en muchos casos que distinto es el proceder de una persona del que antes observaba, cuando ha alcanzado con carácter *irrevocable* una fortuna que pertenecía al donador; además de que sabido es de todos, que por medio del matrimonio en contemplación del cual el heredamiento se otorga, entra en la familia un individuo extraño á la misma, que no siempre guarda á sus padres políticos el respeto y consideración debidos, ya que los vínculos naturales con dificultad pueden equipararse á los nacidos de un contrato; y si en los altercados entre el nuevo elemento y los padres del *heredado*, no guarda éste energía ó prudencia—según los casos—á toda prueba, lo cual supone una entereza y virilidad nada comunes, porque es notorio que los lazos del matrimonio son mucho más absorbentes y estrechos que los filiales, ¿qué valor tienen entonces las buenas prendas del hijo que decidieron al incauto padre á heredarle?

Heredar el hijo antes de nacer, y por ende, antes de apreciar las cualidades personales que le hacen digno de esta distinción, ó aun partiendo de la existencia de dichos méritos, cuando por las mil y una contingencias de familia pueden desaparecer, es tan absurdo como dar por resuelto un problema cuya incógnita no está todavía despejada, y tan cándido é im-

Digitized by Google

prudente como erigir una estatua á un hombre en vida, máxime cuando existen en la familia otros vástagos que por su noble conducta debieran y pudieran ocupar con creces el lugar que al favorecido se ha asignado, si alguna vez fuese lícito heredar á un hijo.

Consigna, sin embargo, el distinguido jurisconsulto Sr. Durán y Bas, en la Memoria que escribió en el año 1883, para cohonestar la conservación del heredamiento, del cual se declara partidario, que «la ley se limita á permitir los contratos en que los heredamientos se establecen; nada impone, á nada obliga.» Basta fijar la atención en la idea que estas palabras contienen, para ver que el argumento que de ellas se quiere sacar nada dice en pro de la institución que criticamos. No todo lo que las leyes permiten es justo y conveniente; y cuando se demuestra que con la libertad que éstas otorgan, pueden sobrevenir graves conflictos á la entidad que regulan, debe el legislador prohibir por completo semejante libertad, aunque la reputen buena, por no estar á la altura adecuada para juzgar acertadamente, la mayoría de las personas que pueden usar de la laxitud de la ley.

Partiendo el mencionado autor del supuesto de ser el heredamiento una donación universal con causa, y admitiéndose ésta en favor de extraños en todas las legislaciones, no sólo en la antigüedad, sino que es muy probable continuara en las modernas, dice: «lo que es lícito á favor de extraños, bien puede serlo á favor de los hijos.» Dejando aparte que semejante donación casi nunca se otorga en detrimento de los hijos, tampoco salva este apoyo, en nuestro concepto, la institución. Los pactos que se estipulan en las capitulaciones matrimoniales, y con ellos los heredamientos, por el carácter de estabilidad que deben revestir los intereses de la nueva familia que se crea, son esencialmente irrevocables; y así como la donación universal puede rescindirse por ingratitud del donatario, con lo cual se restablece el equilibrio que los fueros de la justicia reclaman, no sucede otro tanto con el heredamiento, pues á pe-

Digitized by Google

sar de ser aquella grave falta el peligro principal que se contiene en el heredamiento, el padre que lo ha otorgado, mal que le pese, ha de sostener en todo tiempo la efectividad de lo pactado.

Éste, bajo la risueña esperanza, contingente sin embargo, del amor filial del predilecto, le otorga heredamiento, ó lo que es lo mismo, le traspasa el conjunto de derechos y acciones que se reasumen en la palabra herencia; de lo que resulta que quien está seguro en su situación es el hijo, mientras que aquél, dueño antes absoluto de sus bienes, legislador autónomo de la familia, que acaba de coronar el edificio de abnegación hacia su hijo donándole todo lo que posee, se le entrega poco menos que encadenado, si éste no sabe ó no quiere agradecer el sacrificio que el acto espontáneo del padre significa.

¡Por respeto y cariño problemático del donatario, afecciones que deben existir siempre independientemente de los bienes mundanos, entrega el padre, sin que pueda volver sobre sus actos, la totalidad de su patrimonio!

En pie la irrevocabilidad del heredamiento, siendo lo contrario imposible, si no se le quiere destruir, no es dable compararlo, para determinar la influencia que puede ejercer en el obrar del *heredado*, con los efectos de la donación universal.

Á pesar del entusiasmo que sienten algunos autores por la institución que comentamos, han comprendido, sin embargo, los flancos vulnerables que presenta; y, para defenderlos ó disminuirlos, han dicho: «Cierto es que por medio del heredamiento el padre puede favorecer al hijo ingrato y hasta malvado en detrimento del digno y hacendoso, con lo cual comete grave injusticia; pero le es dable perfectamente evitarla con el *derecho de elección* que la misma ley ó la propia naturaleza del heredamiento le conceden».

Veamos qué valor tiene este modo de razonar.

Con respecto al hijo que contrae matrimonio, es obvio que la determinación de la persona del *heredado* se impone, mejor dicho, el heredamiento se otorga á favor del hijo que se casa;

Digitized by Google

luego la elección para las consecuencias venideras, que son las que tal vez harían cambiar al padre de resolución, se hace de todo punto imposible. Esta consideración demuestra claramente por sí sola que la aplicación y eficacia del salvador derecho de elección, según algunos, queda, cuando menos, reducida á la mitad de casos. No responde, pues, esta facultad para evitar los conflictos que pueden derivarse de una elección errada é impremeditada, máxime si se tiene en cuenta que estos heredamientos son casi siempre puros.

Pero examinemos si tiene mayor alcance el derecho que nos ocupa en los preventivos y prelativos. Nadie negará que la mayor ventaja que los encomiadores de los heredamientos encuentran en ellos, y que les decide casi exclusivamente á declararse partidarios de esta institución, es el amor é interés que el hijo predilecto siente por el patrimonio de la familia, avivados aquéllos por la halagüeña esperanza de ser un día dueño absoluto del mismo, lo cual hace que el hijo que se halla en este caso, permaneciendo al lado del ya anciano padre, que le sirve siempre de experimentado guía y observador sesudo en todos los trabajos y negocios en que la familia se ocupa, aumenta su actividad, multiplica sus fuerzas, trabaja con ardor, ahorra y previene todas las adversidades que podrían destruir la herencia familiar, alcanzada á costa de tantos sacrificios y afanes. ¿Puede alcanzarse este tan bello como quimérico ideal en los heredamientos preventivos y prelativos, cuando los padres otorgantes se reservan el derecho de elección entre los hijos? ¿Á qué queda reducido el derecho del hijo respecto á la fortuna paterna, si aquéllos usan de semejante prerrogativa? En la eventualidad de heredarse al hijo, ¿os parece que éste observará, sin falta, el proceder que de él esperan los partidarios de la institución?

Es de lamentar que algunos escritores encanecidos en la ciencia del Derecho, que en determinadas cuestiones dan relevantes pruebas de profundidad y de exquisito tacto, caigan en otras, sin darse cuenta, en graves renuncios.

Digitized by Google

Condicionales por esencia los heredamientos preventivos y prelativos, ya que la efectividad del derecho del donatario en los primeros, depende del hecho de no otorgar el padre testamento ni otra especie de última voluntad, y en los segundos, de la existencia de prole de ulterior matrimonio; y aun en este caso, queda libre de disponer de sus bienes, con tal que no herede, fuera del caso ó casos permitidos por esta especie de heredamientos á los hijos del segundo enlace, en detrimento de los del primero; condicionales por esencia, repetimos, aquellos heredamientos, ¿qué derechos conceden al hijo para que, reputándose dueño futuro del haber familiar, sienta el deseo de conservarlo y aumentarlo, poniendo á contribución todas las facultades y fuerzas de que dispone? Absolutamente ninguno. ¿Qué garantía tiene, dada la volubilidad de los hombres, de que los desvelos y fatigas que emplee en el gobierno de la familia del padre, vendrá día en que él solo gozará los frutos de su vida atareada y laboriosa? Tampoco la hay. Pues bien, si á todo esto añadís el derecho de elección, que aumenta notablemente la inseguridad del hijo, y que se indica como medio adecuado para evitar los perniciosos efectos del heredamiento, decidme: ¿han comprendido con claridad los autores que presentan tal recurso el alcance y eficacia del mismo? ¿No han visto que heredamiento y derecho de elección para los resultados que esperan del primero, se repelen y destruyen mutuamente? ¡Á qué conduce la pasión! ¡Búscanse apoyos para una institución que se desquicia, y con ellos se la acaba de derrumbar!

Puede asegurarse, sin temor de equivocación, que los defensores del heredamiento han visto el problema tan sólo bajo uno de sus aspectos, el menos importante por cierto; pero sin embargo el más fascinador, si no se consultan los hechos que la experiencia suministra y se da rienda suelta á la imaginación. La conservación y esplendor del patrimonio familiar, el fomento y riqueza de la casa *payral:* he aquí su sueño dorado, el *alpha* y *oméga* de todos sus argumentos en pro de la institución.

Digitized by Google

Desvanecidos con este fin puramente económico, lo convierten muy á su sabor, por la influencia que creen hallar en el arraigo de la casa, sobre la conducta de los confamiliares, en fautor casi exclusivo del bienestar y armonía del hogar, pintando cuadros de moralidad acrisolada, que no tienen otro defecto que el de no estar conformes con la realidad. Insiguiendo el régimen del heredamiento, ven al padre amado y respetado en los últimos días de su vida; á la madre, como justa recompensa de sus desvelos, venerada cual segunda Providencia; á los hijos sumisos y obedientes á la voz del padre, esforzándose á cual mejor para aliviarle los múltiples sufrimientos de su ya achacosa edad; á la nuera solícita y ganosa de captarse el cariño y consideración de sus padres políticos, prodigándoles todos los consuelos y atenciones que su estado requiere; á los nietos, ¡oh, los nietos! al lado siempre del abuelo, haciéndole experimentar, segunda vez, las dulzuras de la paternidad; á los tíos, si no se casan, formando parte de la familia, con tanto interés ó mayor, si cabe, que el primogénito para aumentar el lustre y buen nombre de la casa, quedando en ella, cuando fallecen, sus ahorros, sus dotes ó sus legítimas, que casi nunca detraen, aumento nada despreciable del acervo común; y si alguno de los hijos, os dirán también, no siente vocación para la vida agreste de su hogar ó acaricia la idea de lucro y especulación, emprende con notable aprovechamiento una carrera, ó se lanza allende los mares, lejos, muy lejos de su tierra, á atrevidas empresas, y en uno y otro caso, al cabo de algunos años, regresa á su país natal colmado de honores y riquezas, que igualan cuando menos á las del hermano que ha quedado en casa para perpetuar el nombre y rango de la familia... ¡Cuánta bondad y ternura para algunos! ¡Cuánta ilusión y candidez! exclamamos nosotros.

Tosca es nuestra pluma, pero si nos propusiéramos describir lo que pasa en el seno de la familia cuya ley es el heredamiento, excepción hecha de alguno que otro caso aislado, debido, no á la eficacia de esta ley, sino á causas muy distintas, pondría-

Digitized by Google

mos á la vista de nuestros lectores escenas que, ni por asomo, se parecen á las indicadas, y que de seguro convencerían, no solamente á los profanos, como sucede con éstas, sino particularmente á los que conocen á fondo nuestra íntima vida de familia: palparían que el hijo heredado se reputa las más de las veces dueño absoluto de los bienes; que el padre, despojado de la autoridad real que éstos le conferían, es poco menos que despreciado, denigrado con el epíteto de roncero y considerado como carga inútil y gravosa á la familia; que sus maduros consejos se reputan verdaderas chocheces; que los nietos, por el desagradecido proceder del primogénito, no son simpáticos al abuelo, quien recibe con glacial indiferencia, si no desprecio, su candidez y caricias; que los segundones, que tienen asignada una parte ínfima del patrimonio, ante la seguridad de que trabajando en la casa al lado del hermano, éste se aprovechará de sus sudores, se separan formando familia aparte, ejemplo que con mayor razón todavía siguen los tíos; y si alguna vez los primeros abandonan con harto sentimiento de los padres su hogar, para trasladarse á romotas regiones, de donde sabe Dios si regresarán, ó acabarán sus días á distancia enorme de la tierra que los vió nacer, sin amparo de nadie y tal vez en la mayor penuria, no creáis que lo hagan por afán desmedido de tesoros, sino por no haber hallado en la casa paterna el abrigo y cariño que nunca faltan en ella, en sentir de los partidarios del heredamiento.

Si la halagüeña pintura que de los efectos de los heredamientos hacen algunos autores es real en alguna familia, debe atribuirse, no á la eficacia de éste, sino al alto grado de moralidad que á sus individuos caracteriza; equivocan, pues, la causa de semejante resultado; y es bien seguro que si se sujetara dicha familia á un régimen mucho más vicioso todavía que el heredamiento, la tranquilidad y armonía domésticas no desaparecerían sin embargo. La injusticia y la imprevisión—hemos demostrado que el heredamiento lleva ó puede llevar en su seno estos atributos—jamás producirán el orden; es ló-

Digitized by Google

gico afirmar, por lo mismo, que no reuniendo los que se cobijan bajo el mismo techo el desinterés suficiente para hacerse superiores á las ambiciones y rivalidades que surgen del heredamiento, más que la paz, se alcanza con él la desorganización completa del hogar. Si el padre no olvidara que se debe á sus hijos; si éstos comprendieran que jamás se honrarán tanto á sí mismos como venerando á sus padres; si el hermano observase siempre los sagrados deberes que la naturaleza y la religión le imponen para con su hermano; si los demás deudos reflexionaran que todos ellos provienen del mismo tronco, al cual unió el afecto recíproco, y que era su deseo verlo perpetuado en su descendencia; en una palabra, si el amor y tan sólo el amor fuese el acicate que moviera á todos los miembros de la familia—y no se crea que soñamos un estado de perfección absoluto; sino que nos contentamos con lo que al hombre se puede exigir sin salir de su condición—entonces el heredamiento estaría en su lugar. Dejo á la consideración de mis lectores, dado el mal llamado positivismo de nuestros días, á qué grado llegan el sacrificio y abnegación familiares; y de ello sacarán la consecuencia de si es posible admitir como ley del hogar un institución que entroniza el egoísmo y la envidia, cuando aquéllas no están muy aferradas.

Los preconizadores del heredamiento parten de una base falsa; suponen en la familia un refinamiento de moralidad que no existe; y de aquí resulta que la institución que tanto ensalzan, ha de dar necesariamente en la práctica resultados contraproducentes. Examinen á fondo el *substractum* del heredamiento y los *hechos* que todos los días nos muestra la vida real, y cambiarán, sin duda, de opinión.

Hay más todavía: el respeto y consideración filial no deben tener otra causa ni origen que la paternidad y las virtudes del que nos dió el ser; al padre debe honrársele sólo y exclusivamente porque es padre; y mal andan los tratadistas de derecho civil que quieren granjearse el cariño de los hijos, por el interés que á éstos tiene, con los atractivos de un cuantioso patri-

Digitized by Google

monio, como con el heredamiento sucede. ¡Se sustituye la piedra angular del edificio por deleznable arena: los bienes! ¡El amor acendrado se trueca por la hipocresía!

¿Pero se quiere una prueba irrecusable de que el heredamiento es una institución mala y de que no conviene á Cataluña?

Pues vamos á darla.

Todos sabéis que los heredamientos de que venimos ocupándonos, se otorgan en capitulaciones matrimoniales; y por pocas escrituras que de esta clase hayan pasado por vuestros ojos, habréis notado en ellas una serie de *reservas*, que llaman verdaderamente la atención.

Nada diremos de la reserva para testar, pues aun cuando los romanos la consideraron necesaria en las donaciones universales, por creer altamente inmoral que una persona en el día de su muerte no tuviera de qué disponer, efecto que puede producirlo también el heredamiento puro y absoluto, y por este aspecto dice algo en favor de nuestras ideas; sin embargo, tiene la misma un valor casi puramente histórico y por ello la dejamos aparte.

Tampoco hablaremos de la facultad que se reservan los padres donadores para dotar á las hijas y colocar á los hijos con cierta parte de los bienes del patrimonio; limitación poco menos que inútil, porque es doctrina admitida la de que el heredamiento no puede perjudicar la legítima de los hijos; pero sí fijaremos nuestra atención de un modo particular sobre la reserva de usufructo; sobre la de poder vender el padre, *en caso de necesidad*, tal ó cual parte del patrimonio, y sobre la de disponer *libremente* el mismo, *sin consentimiento ni intervención del donatario*, de la totalidad de sus bienes.

Estas restricciones demuestran patentemente la grave desconfianza que el padre tiene respecto al futuro comportamiento del *heredado*, y le son la salvaguardia de que usará el día en que éste quiera imponérsele; garantía á que los jefes de familia catalana han tenido que ampararse, aleccionados por los lamen-

Digitized by Google

tables efectos que el heredamiento ha producido en determinadas familias. Se reservan el usufructo, para que en ningún caso tengan que pedir alimentos que por derecho propio les corresponden, acto que, más que petición, sería humillación degradante para el padre; se reservan vender en caso de necesidad, porque bien les consta que, en la mayoría de casos, el donatario se haría el sordo á su lacería, prefiriendo la conservación del patrimonio heredado al socorro del padre; y, en fin, se reservan casi siempre—el que no lo hace peor para él—la facultad de disponer libremente de lo donado, con el fin de evitar que el que constantemente debiera estar sumiso á sus órdenes, no venga día en que se les sobreponga, reduciendo su autoridad de amo y señor poco menos que á la condición de criado.

Se objetará, sin embargo, si los heredamientos tienen estos peligros, fácil es prevenirlos y evitarlos: otórguense todos con aquellas reservas. Quien así hable, de seguro no habrá comprendido el alcance de éstas, y especialmente de la última. ¿Qué es un heredamiento, consignada la libertad de poder disponer el donador de los bienes? ¿Es más que una esperanza que en todo momento puede frustrarse, con fundamento ó sin él, según sea la voluntad del padre? ¿Qué amor á los intereses familiares puede inspirar al *heredado* un derecho incierto? ¿Qué le importarán el fomento y conservación del patrimonio ó casa *payral*, si sabe que sobre su heredamiento pesa una cortapisa de tal naturaleza? ¿Puede reputarse heredado el gravado con esta reserva? ¿No es verdad que el heredamiento, por virtud de la misma, queda absolutamente anulado en su esencia y efectos? ¿Qué hacen, pues, los padres de familia catalanes precavidos y prudentes cuando otorgan un heredamiento? ¡Destruirlo!

Esto es lo que enseña la experiencia á los que, ya por sistema de aprobar todo el contenido de nuestro Derecho civil, ya guiados por el aspecto deslumbrador del heredamiento, se han declarado partidarios del mismo. Amarga lección, por cierto, dada precisamente por personas profanas en la materia; pero que viven dentro de aquella institución y que á toda hora y á

Digitized by Google

todo momento experimentan sus resultados y aquilatan su valor.

Dicho proceder basta, en nuestro concepto, para juzgar de una institución; y no dudamos que los tratadistas que nuevamente analicen, con severo criterio y libre el espíritu de todo prejuicio, los fundamentos que tuvieron en cuenta para aceptar el heredamiento, verán que los mismos flaquean, que no resisten á la serena razón, y exclamarán con nosotros: el heredamiento puro, en principio, es ó puede ser injusto, en sus resultados, el fautor de la discordia familiar; el condicional, preventivo ó prelativo, nada significa en cuanto á los efectos que se esperan del heredamiento; no es útil ni conveniente á Cataluña, ni á ninguna nación ó comarca, esta institución; en Cataluña casi no existe de hecho el heredamiento, pues cuando se otorga, se destruye con las reservas que se le añaden; nuestra región nada perdería con la supresión del heredamiento, porque tiene la herencia testamentaria con amplia libertad para el padre, la cual reune todas las ventajas del heredamiento, si es que éste tiene alguna, y ninguno de sus muchos inconvenientes.

Podríamos combatir la institución que nos ha ocupado bajo el aspecto económico; pero daríamos una extensión desmesurada al presente trabajo, razón por la que es probable que en otro artículo tratemos de tan importante tema.

J. Admetlla y Balsells.

Digitized by Google

BIENES RESERVABLES *

IV

CUÁNDO NACE Y CUÁNDO CESA LA OBLIGACIÓN DE RESERVAR

(Artículos 968, 980, 970 y 971 del Código civil.)

La obligación de reservar comprende dos casos distintos, según que la motive un segundo matrimonio, ó el reconocimiento de un hijo natural.

En el primer caso, los bienes toman la cualidad de *reservables* desde que se adquieren; en el segundo, desde el *nacimiento* de ese hijo natural, siempre que en ambos casos existan hijos ó descendientes del primer matrimonio, y bienes de la clase de los reservables, cuando esos hechos se producen.

Pasan á ser *reservados* los bienes cuando el viudo ó viuda contrae segundas nupcias, ó cuando, en estado de viudez, *reconoce* un hijo como natural, ó se le declara judicialmente tal hijo.

Para mí, por consiguiente, el reconocimiento del hijo natural, no su nacimiento, equivale al segundo matrimonio, y en este caso (el del art. 980), la obligación de reservar sólo surte efecto desde el nacimiento de ese hijo, no desde la adquisición por título lucrativo de los bienes que tienen tal carácter.

Un atento estudio del art. 980 del Código civil, en relación con los anteriores que se ocupan de las reservas, ha llevado á

* Véase la pág. 515 del tomo 81 y 126 de este tomo.

Digitized by Google

mi ánimo este convencimiento. Además, las palabras y el espíritu de la ley no repugnan esta interpretación.

El art. 980, dice así: «La obligación de reservar impuesta en los anteriores artículos, será aplicable al viudo ó viuda que, aunque *no contraiga segundo matrimonio,* tenga, en estado de viudez, un hijo natural *reconocido*, ó declarado judicialmente como tal hijo.»

«Dicha obligación *surtirá efecto* desde el día del nacimiento de éste.»

El artículo se compone de dos párrafos. El primero extiende la obligación de reservar al viudo ó viuda que reconozca un hijo natural, ó se le declare tal judicialmente. El segundo explica desde cuándo surte efecto esa obligación.

La redacción del artículo es bien desdichada. Las frases «tenga un hijo natural reconocido» y «surtirá efecto», se prestan á diversas interpretaciones, y dan lugar á fundadas dudas. El Sr. López Mazón dice que parecen inconciliables sus dos párrafos, y, efectivamente, esa es la primera impresión que su lectura produce.

Pero obsérvese que el artículo exige en el primer párrafo el reconocimiento, sea voluntario, sea impuesto judicialmente, y que esta circunstancia, y no la del nacimiento, es la que, según él, equivale al segundo matrimonio; obsérvese también que en párrafo aparte retrotrae al nacimiento los efectos de la obligación de reservar, y que todo el secreto de la solución está en las palabras «surtirá efecto». ¿Podían seguirse las reglas generales? Ciertamente que sí. Sin embargo, la ley quiso limitar en este caso las reservas y que no produjesen efectos desde la adquisición de los bienes como cuando media segundo matrimonio, sino sólo desde el nacimiento del hijo natural; por eso sin duda se extendió el párrafo segundo, que hubiera sido igualmente inútil, lo mismo en el caso de que hubiesen de aplicarse las reglas generales que en el de deber entenderse que el nacimiento equivalía á las segundas nupcias. Si lo primero, el párrafo estaba de más. Si lo segundo, se habría dicho en el

Digitized by Google

primer párrafo que existía también la obligación de reservar por el nacimiento de un hijo natural tenido en estado de viudez, siempre que ese hijo fuese reconocido ó declarado judicialmente tal. Si el hijo natural no se reconoce, no es legalmente tal hijo con relación á su padre, y mal puede, su simple nacimiento producir la obligación de la reserva.

Claro es que si el reconocimiento se hace al nacer el hijo, se confunden los dos tiempos, y no puede haber cuestión alguna. Pero, si, como puede ocurrir, el reconocimiento ó la declaración judicial es posterior, la duda es muy fundada. En este caso, ¿son ó no subsistentes las enajenaciones hechas por el viudo ó viuda en ese tiempo intermedio? El art. 980 sólo dice que la obligación de reservar surtirá efecto desde el día del nacimiento del hijo. ¿Cómo ha de entenderse la frase *surtirá efecto?* Esta es la cuestión.

Lo primero que ocurre preguntar es esto: ¿Cuándo surte efecto la obligación de reservar en el caso de mediar segundo matrimonio? Podría contestarse que al realizarse las segundas nupcias, que es el momento en que la ley declara ya insubsistentes las enajenaciones de inmuebles, se forma inventario, se anotan las fincas, etc. Pero esta contestación no sería exacta, porque entonces nunca surtía efecto la obligación de reservar en cuanto á los bienes muebles, y además, serían absolutamente válidas las enajenaciones de inmuebles hechas por el viudo ó viuda antes de contraer segundo matrimonio, siendo así que, si bien la ley respeta los derechos del adquirente, impone al enajenante determinada responsabilidad.

Luego antes de contraer segundas nupcias ya produce efectos la obligación de reservar; luego, aunque esas segundas nupcias sean el hecho determinante que convierte á los bienes en reservados, mediante él, los efectos de la obligación se retrotraen, y empiezan á aplicarse desde la adquisición de los bienes; luego la obligación de reservar surte efectos, por regla general, desde que los bienes se adquieren, ya procedan del cónyuge premuerto ó de los hijos por título lucrativo.

Digitized by Google

Pues del mismo modo la reserva motivada por el reconocimiento de un hijo natural, surte sus efectos desde el nacimiento de ese hijo, es decir, nace cuando nace el hijo, pero no se perfecciona hasta que, voluntaria ó judicialmente, sea reconocido. El cónyuge sobreviente que no contraiga segundo matrimonio, teniendo hijos del primero y bienes de la clase de reservables, puede enajenarlos sin limitación ni obligación alguna, hasta tanto que en estado de viudez tenga un hijo natural. Desde que éste nace, sus facultades se limitan, y por eso si reconoce ese hijo, ó judicialmente se le declara hijo natural, las enajenaciones de muebles ó inmuebles que haya verificado en el tiempo que pueda mediar desde el día del nacimiento al del reconocimiento ó declaración, se sostienen; pero el viudo ó viuda tiene que asegurar el importe de su valor ó estimación en favor de los hijos del primer matrimonio, en la forma que expresa el art. 978 del Código civil.

Una vez reconocido el hijo ó declarado judicialmente natural, las circunstancias cambian; ya hay un hecho público, tan público como las segundas nupcias, que puede ser por todos conocido, y por eso no subsisten desde entonces las enajenaciones de inmuebles, si á la muerte del padre natural quedan personas con derecho á los bienes reservables.

Entendiéndolo así, se desvanece la injusticia que parecía entrañar el art. 980, y desaparecen sus dudas. ¿Cómo, si no, se explicaría que pudieran resolverse las enajenaciones hechas antes del reconocimiento? ¿En virtud de qué principio de justicia se iba á desposeer al adquirente de bienes inmuebles por hechos que nadie pudo conocer, por el ignorado nacimiento de un hijo natural y un reconocimiento que nadie podía preveer? Con la interpretación que este artículo presentaba á primera vista, y que motivó las dudas del Congreso de Registradores de Santiago, el Sr. López Mazón tenía razón al decir: «De todos modos resulta que si la obligación de reservar surge el día del nacimiento, *no es posible* pedir que se cumpla sino desde el día del reconocimiento.

⁂

Digitized by Google

Cuando la obligación de reservar no se produce, no nace, no se puede decir que cesa; por eso si no quedaron hijos del primer matrimonio, ó no hay bienes de la clase de reservables, no se puede decir que cesa la obligación. Pero si á la muerte del binubo y del viudo ó viuda que tuvo en estado de viudez un hijo natural de los expresados, no quedan ya hijos ni descendientes del primer matrimonio, no quedan personas que puedan hacer valer ese derecho, entonces sí cesa la obligación por no haberse cumplido la condición legal. (Art. 971 del Código civil.)

También cesa, si esos hijos ó descendientes, siendo mayores de edad, renuncian expresamente el derecho que les da la ley. (Art. 970.) Digo hijos ó descendientes, aunque el Código sólo habla de hijos, porque así parece lo natural, ya que unos y otros tienen el derecho, y porque ha de interpretarse esta materia en sentido restrictivo para la reserva.

Nada más natural que el que tiene un derecho pueda renunciarlo; pero este modo de determinar las reservas no es ya tan sencillo y de fácil aplicación como el primero. ¿Cuándo debe hacerse la renuncia? ¿Podrá hacerse desde que está pendiente la condición resolutoria hasta que se cumpla ó no se cumpla? ¿Y si al renunciar los hijos quedan nietos, hijos de esos hijos, y son en su día los que tienen derecho á los bienes por muerte del renunciante? Aunque la ley nada dice sobre esto, sin duda para que ningún artículo dejase de ofrecer alguna dificultad en su aplicación, es de suponer que la renuncia sólo podrá ser admisible,—para el efecto de extinguir la obligación de reservar,—cuando se hace al cumplirse la condición y perfeccionarse el derecho. Muerto el binubo y quedando hijos ó descendientes, los bienes reservables deben pasar á ellos; entonces, que es cuando adquieren en definitiva el derecho, es también cuando pueden renunciarlo. Antes sólo existe una esperanza.

Parece que esta interpretación ofrece alguna dificultad. El art. 970 dice: «*Cesará la obligación* de reservar», y por la re-

Digitized by Google

nuncia hecha cuando ya se ha cumplido la condición, esa obligación no ha cesado nunca, porque el binubo la ha tenido hasta su muerte, y una vez muerto, claro que ya no tiene obligación de reservar. Además, para esa fecha el Código no tenía necesidad de decir que los adquirentes podían renunciar, porque eso ya se sabía. ¿Se referirá á una renuncia anterior hecha en el tiempo intermedio desde que el viudo ó viuda contrae segundas nupcias hasta su fallecimiento?

Creo que no. Es verdad que dan lugar á duda las palabras del Código. El art. 970 dice que cesa *la obligación* de reservar, y el 971 que cesa la *reserva;* pero uno y otro tratan de los modos de extinguirse las reservas, y el art. 970 concede el derecho de renunciar á los hijos mayores de edad que *tengan derecho á los bienes.* Algo vago es esto: ¿derecho definitivo ó eventual? Sin embargo, parece indicar que hasta que ese derecho sea definitivo, hasta que se sepa á quién corresponde, la renuncia es prematura; sería parecida á la de la fábula de la zorra y las uvas.

A pesar de creer ésta la opinión más acertada, no me satisface por completo, porque tal vez por algo diga el Código en un caso que cesa la obligación de reservar, y en otro que cesa la reserva; porque pudiera ser intencional el dar ese derecho á los hijos y no á los descendientes, aunque parece rara esta distinción, y porque no hay inconveniente en admitir que los hijos que tengan el derecho eventual al verificarse las segundas nupcias, lo renuncien, ya su renuncia lleve implícita la de sus respectivos descendientes, ya recaiga en éstos por virtud de ella el derecho y puedan á su vez renunciarlo.

De todos modos, la renuncia de uno no perjudica á los demás, y producirá el efecto de dejar libre la parte que al renunciante pueda corresponder, si alguna llega á corresponderle. Esto también se presta á dudas y dificulta lo relativo á la hipoteca para asegurar los bienes reservables. Si todos renuncian, bien; pero si sólo renuncian algunos, ¿cesa en parte la reserva, ó continúa íntegra á favor de los que no renunciaron? Falta

Digitized by Google

hace, por consiguiente, que se aclare por la jurisprudencia esta cuestión.

El mismo art. 970 añade que también cesa la obligación de reservar cuando se trate de bienes dados ó dejados por los hijos á su padre ó madre, sabiendo que estaban segunda vez casados.

Pero esto no es propiamente que cese la obligación de reservar, sino que no nace. ¿Ocurrirá lo mismo con lo de la renuncia? ¿Será que no nace esa obligación cuando los hijos mayores de edad renuncien desde un principio? No por eso dejan de existir las dificultades expuestas.

Debemos alabar el párrafo segundo del art. 970, que limita algo las reservas, huyendo el legislador de conceder á los descendientes más protección que la que los mismos interesados quisieron prestarles, y por esto, si alguno de los hijos, constándole el segundo matrimonio de su padre ó madre, quiso dejarles ó cederles gratuitamente parte de sus bienes, con preferencia á sus hermanes ó sobrinos, es justo que la ley no imimponga entonces la obligación de reservar esos bienes. Sin embargo, esto no puede referirse á lo que el padre ó madre adquiera de sus hijos por herencia intestada ó por vía de legítima, porque entonces no son los hijos los que dan ó dejan los bienes, sino que es la ley quien les impone la obligación de dejarlos, y, por tanto, no puede presumirse una voluntad que no puede existir.

También cesa la reserva cuando al fallecimiento del binubo queda sólo un hijo ó varios desheredados justamente y sin descendientes. Así se desprende de la última parte del artículo 973.

V

MEDIOS DE ASEGURAR Á LOS HIJOS LOS BIENES RESERVABLES

El Código se ocupa de esta materia en los artículos 977 y 978; pero por su evidente enlace con la ley Hipotecaria, es

Digitized by Google

necesario estudiar también, aunque sólo sea ligeramente, las disposiciones de esta ley.

El art. 977 dice así: «El viudo ó viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos á reserva, anotar en el Registro de la propiedad la calidad de reservables de los inmuebles, con arreglo á lo dispuesto en la ley Hipotecaria, y tasar los muebles.»

«Art. 978. Estará además obligado el viudo ó viuda, al repetir matrimonio, á asegurar con hipoteca:

»1.º La restitución *de los bienes* muebles no enajenados, en el estado que tuviesen al tiempo de su muerte, si fuesen parafernales ó procedieren de dote inestimada, *ó de su valor*, si procediesen de dote estimada.

»2.º El abono de los deterioros ocasionados ó que se ocasionen por su culpa ó negligencia.

»3.º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados, ó la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho por título gratuito.

»4.º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.»

La ley Hipotecaria establece, como ley adjetiva en esta materia, la forma y requisitos de la constitución de hipoteca. Aunque se haya variado la legislación sobre bienes reservables, esto importa poco. Sean cuales sean esos bienes, ha de asegurarse á los hijos y descendientes su derecho, bajo las bases que el Código marca, y con arreglo á lo dispuesto en la ley Hipotecaria, según expresa el art. 977. Pero esas bases pueden contradecir en algo las disposiciones de la ley Hipotecaria y su reglamento, y en este caso son preferentes las reglas del Código, como posteriores.

Antes, sin embargo, de examinar la forma, estudiemos las bases, que por cierto olvidan el caso de que los bienes se adquieran de los hijos después de contraerse el segundo matrimonio.

Digitized by Google

El art. 977 exige: 1.°, un inventario especial de los bienes que puedan existir y tengan la cualidad de reservables; 2.°, tasación de los muebles; y 3.°, anotar en el Registro, respecto á los inmuebles, la circunstancia de quedar reservados en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio.

Aunque no es lo mismo en el lenguaje de la ley Hipotecaria, anotación que nota, ni, por tanto, anotar y extender nota marginal, creo desde luego que el art. 977, lo que exige respecto á los inmuebles, es que conste su naturaleza y la obligación á que están afectos por medio de nota. La anotación constituiría una novedad innecesaria, y no se ajustaría bien á los moldes del art. 42 y siguientes de la ley Hipotecaria; y además, habiendo de hacerse con arreglo á lo dispuesto en esta ley, como exige el art. 977, y marcándose allí hasta la forma en que ha de extenderse la nota marginal, es evidente que en este sentido emplea el Código la palabra anotar.

Hasta aquí no hay contradicción, porque á pesar de que en la legislación anterior no subsistían las enajenaciones verificadas por el viudo antes de su segundo matrimonio, la ley Hipotecaria tampoco exigía ése inventario ni esa nota marginal hasta después de celebradas las segundas nupcias, ó hasta que los bienes se adquiriesen, si esto ocurría después.

El art. 978, que quizás con menos palabras hubiera resultado más claro, establece los bienes que, como reservables, han de asegurarse con hipoteca.

Su número primero da que pensar; sus distingos tienden por lo menos á complicar un asunto que debiera ser sencillo. Se refiere al viudo y á la viuda, y á los bienes muebles no enajenados que fuesen dotales ó parafernales. El art. 977 ordena la tasación de todos los muebles reservables. Parece, pues, que el número 1.° del 978 hubiera estado más claro diciendo simplemente: «La restitución de los bienes muebles no enajenados aún, ó de su valor si se enajenaren después.» Es claro que respecto á los primeros se restituirían en el estado que tuviesen á la muerte del binubo. La ingerencia en esto

Digitized by Google

de los bienes dotales y parafernales se presta por lo menos á confusión.

Si es la mujer la que queda viuda, los bienes dotales inestimados, los parafernales y la estimación ó valor de los dotales estimados, se le habrán adjudicado en concepto de aportaciones matrimoniales á la muerte de su esposo. Como todos esos bienes eran ya anteriormente suyos, claro es que no los recibiría por título lucrativo, ni de su primer marido ni de sus hijos, y que no pueden ser, por lo tanto, reservables. Luego respecto á la viuda no parece aplicable el núm. 1.º del art. 978.

Pero es lo más grave que respecto al viudo tampoco se ve clara esa aplicación. La dote se compone de los bienes y derechos aportados por la mujer como tal dote al contraer matrimonio, y de lo adquirido durante él por donación, herencia ó legado con el carácter dotal. (Art. 1336.) La dote es estimada ó inestimada: en el primer caso, los bienes se tasan ó estiman para que el marido adquiera su dominio; pero quedando obligado á restituir su importe; en el segundo, se estimen ó no se estimen, el dominio es de la mujer. (Art. 1346.) La dote ha de restituirse por el marido ó sus herederos á la mujer ó á los suyos, entre otros casos, al disolverse el matrimonio (artículos 1365 y 1366), y ha de restituirse sobrevengan ó no después segundas nupcias. Parafernales son los bienes aportados por la mujer al matrimonio, sin incluirlos en la dote, y los que adquiera después de constituída ésta, sin agregarlos á ella. (Artículo 1381.) El dominio de los bienes parafernales es siempre de la mujer como en la dote inestimada, y esos bienes han de restituirse por las mismas reglas.

De estos antecedentes resultan tres cosas: 1.º, que los bienes dotales y parafernales no son bienes adquiridos por el marido en virtud de testamento, herencia intestada, donación ú otro título alguno lucrativo, como exige el art. 968 para ser los bienes reservables, porque, por regla general, son de la mujer ó de sus herederos, y en el único caso en que el marido adquiere el dominio, lo adquiere á manera de venta, respondiendo de su

Digitized by Google

precio ó estimación, nunca, por tanto, por título lucrativo; 2.º, que esos bienes ó su valor han de restituirse sin consideración al segundo matrimonio, como que el motivo de la restitución es que los administra el que no es dueño de ellos, y terminada la sociedad de gananciales termina su objeto; y 3.º, que su restitución está ya asegurada con hipoteca en otros artículos del Código.

Se dirá que no se trata de eso, sino del caso en que la mujer, en virtud de herencia ó donación por causa de muerte, deje á su marido parte de sus bienes parafernales ó dotales inestimados, ó el marido, por los mismos títulos, deje á su mujer bienes dotales estimados. Pero ni aun así queda la cuestión resuelta: primero, porque los dotales estimados, en cuanto se compran, digámoslo así, por el marido, pierden ya esa consideración, y son bienes propios del marido, que sólo responde de su precio, por lo que impropiamente puede aplicarse al viudo el núm. 1.º del art. 978; segundo, porque los bienes reservables, aun procedentes de la mujer, no siempre provienen de la dote ó parafernales, sino que pueden ser parte de los gananciales del cónyuge premuerto ú otra clase de donaciones; y tercero, porque no es lo natural que en el acto de última voluntad se exprese que los bienes donados ó dejados hayan de ser de los dotales ó parafernales, y aunque por la adjudicación resulten luego adquiridas fincas ó bienes dotales ó parafernales, es lo cierto que desde que el propietario de esos bienes dispone de ellos por vía de legado ú otro título lucrativo, ya dejan de tener aquellos nombres y aquella cualidad, y no viene á cuento resucitar lo perdido para obligar á restituir los mismos bienes ó su valor, según que los bienes originariamente fuesen dotales inestimados ó estimados.

Pasemos por alto esta dificultad, y tendremos que ha de asegurarse con hipoteca: 1.º, el valor de los muebles ó inmuebles enajenados antes de las segundas nupcias; 2.º, la restitución de los muebles subsistentes, ó de su precio ó valor si se enajenan después; y 3.º, el abono de los deterioros ocasionados ó que se causen por culpa del reservante.

Digitized by Google

De la comparación de este artículo con el anterior, ó sea con el 977, parece resultar en éste una deficiencia que de algún modo ha de suplirse, ya que el 978 guarda perfecta consonancia con los 975 y 976. El viudo ó viuda ha de asegurar con hipoteca el valor de los bienes muebles ó inmuebles enajenados antes de las segundas nupcias; sin embargo, según el art. 977, al contraer segundo matrimonio, sólo tiene obligación de inventariar los bienes sujetos á reserva, tasar los muebles y anotar á favor de los hijos los inmuebles en el Registro de la propiedad. Parece deducirse lógicamente que esa tasación, ese inventario y esa anotación, deben referirse á los bienes que existan en poder del viudo ó viuda cuando segunda vez se casa; y como en esa fecha puede ya haber enajenado otros bienes también reservables, y ha de asegurar con hipoteca su valor ó precio, de aquí que, ó debe interpretarse con más extensión ese artículo, ó hay que confesar que existe un vacío que conviene llenar. Para mí, el art. 977 no se refiere á todos los bienes que tienen, según la ley, la calidad de reservables, hállense ó no en poder del binubo, porque aunque donde la ley no distingue no debe distinguirse, es lo cierto que ese artículo, si bien habla de los bienes sujetos á reserva, dice que deben anotarse los inmuebles y tasarse los muebles, y es imposible que exigiese estos requisitos, sobre todo el primero, respecto á los bienes ya enajenados, cuya enajenación afirman los anteriores artículos que queda subsistente. Y si se refiere sólo á los que existen en poder del binubo, para que éste asegure con hipoteca el valor ó el precio de los enajenados, es necesario que de algún modo conste cuales sean éstos.

El art. 977 debió, por consiguiente, decir, poco más ó menos, lo siguiente: «El viudo ó viuda al repetir matrimonio, formará un inventario de todos los bienes sujetos á reserva, hará constar en el Registro de la propiedad, con arreglo á lo dispuesto en la ley Hipotecaria, la calidad de reservables de los inmuebles que existan aún en su poder; dispondrá la tasación de los muebles que se hallen en igual caso, y expresará los in-

Digitized by Google

muebles ó muebles enajenados, detallando su valor si la transmisión se verificó por título lucrativo, ó su precio si tuvo lugar la enajenación por título oneroso. Aunque la ley no lo diga así claramente, así debe sobreentenderse, pues es claro que el viudo ó viuda tiene también esa obligación, puesto que ha de responder de ese valor ó precio.

Sin embargo, justo es confesar que respecto á los bienes reservables enajenados antes de las segundas nupcias, quedan algo abandonados los intereses de los hijos. Me parece justo que las enajenaciones subsistan; pero podía exigirse al padre ó madre alguna justificación sobre estos extremos para que la hipoteca que ordena el art. 978 con el fin de asegurar el valor ó precio de esos bienes, fuese una verdad y no se eludiera fácilmente. Claro es que los interesados podrán en cada caso investigar y comprobar cuáles fueron los bienes enajenados y su estimación; pero si antes se ocultaron y no existe garantía hipotecaria, serán perjudicados en sus intereses, cosa de todos modos difícil de evitar.

Ahora bien; si los hijos son mayores de edad y el padre ó madre quisieren cumplir sus deberes, la hipoteca que exige el art. 978 puede ser voluntaria. En otro caso, la hipoteca es legal, y hay que ajustarse á lo que preceptúan los arts. 194 al 199 de la ley Hipotecaria y sus concordantes del Reglamento.

No es mi ánimo comentar estos artículos. Los Sres. Galindo y Escosura, en la primera edición de sus *Comentarios*, única que conozco, estudiaron esta materia detenidamente y con gran acierto. Yo no podría decir nada nuevo ni mejor, ni entra en mi objeto al hacer este estudio profundizar lo que sólo afecta á la forma de constituirse é inscribirse la hipoteca legal por bienes reservables.

En resúmen: según la ley Hipotecaria, dentro de los noventa días siguientes á la celebración del segundo ó posterior matrimonio, ó á la adquisición de los bienes, si éstos proceden de los hijos y se adquirieron después, deben el padre ó madre presentar al Juzgado el inventario y tasación pericial de los

Digitized by Google

bienes que han de asegurarse en favor de los hijos, y una relación de los inmuebles de su propiedad que ofrezca en hipoteca, justificando el derecho que sobre ellos les corresponde, y la libertad ó gravámenes á que estén afectos.

Estimando el Juez que el inventario y relación son exactos, y que la hipoteca ofrecida es suficiente, se extiende un acta en la que se declaran los inmuebles reservables y la hipoteca que se constituye. Si ésta no pareciese suficiente, se ampliará, á ser posible, sobre otros bienes del hipotecante, y si el padre ó madre careciesen de inmuebles que hipotecar, se instruirá el expediente con el sólo objeto de hacer constar la reserva y su cuantía, imponiendo á aquéllos la obligación de hipotecar los primeros inmuebles que adquieran.

Extendida y aprobada el acta de constitución de hipoteca, se entregarán al padre ó madre, y si ellos se niegan à recibirlas, se remitirán de oficio al Registro dos copias debidamente autorizadas, para que se proceda á su inscripción, quedando una archivada y devolviéndose la otra con su correspondiente nota. En el Registro se hace constar al margen de las respectivas inscripciones de dominio, por medio de nota, la cualidad reservable de los inmuebles, y se inscribe la hipoteca constituída en su caso.

La ley añade en el número 2.º del art. 194, que la hipoteca se constituya sobre los inmuebles reservables y sobre los de la propiedad absoluta del padre ó madre que se ofrezcan en garantía, por el valor de aquellos inmuebles y por el de los demás bienes sujetos á reserva. Esta intrincada disposición era la principal dificultad que ofrecía la interpretación del art. 194; pero del art. 199 de la misma ley y de los 139 y 141 del Reglamento, se deducía que, respecto á los inmuebles, bastaba la nota marginal justificativa de su calidad de reservables, y que no era por tanto necesaria la absurda hipoteca que sobre esos mismos inmuebles parecía exigirse, ya fuese para responder de su propio valor, ya para garantir el valor de los otros bienes sujetos á reserva.

Digitized by Google

De todos modos, como hoy, según el Código, el viudo ó viuda sólo están obligados á anotar en el Registro la calidad de reservables de los inmuebles, y no se asegura nunca con hipoteca el valor de esos inmuebles, la cuestión ha perdido toda su importancia, y como aclaración ó como innovación hay que aceptar la doctrina del Código, que siempre fué la más aceptable y la más verosímil.

En las conclusiones que debían ser discutidas, y en su caso aprobadas en el Congreso de Registradores de Santiago, figuraba una referente á esta cuestión, por creerse sin duda que el Código civil introducía una innovación peligrosa y perjudicial para los hijos.

Hé aquí el texto de esa conclusión: «El art. 975 del Código declara subsistentes las enajenaciones de inmuebles hechas por el viudo ó viuda después de contraer segundo matrimonio, si á su muerte no quedan hijos ó descendientes. Este precepto garantizaría los derechos de las personas protegidas, si pudiera cumplirse lo que dispone el núm. 2.º del art. 194 de la ley Hipotecaria. Dos condiciones exige: 1.º, que se haga constar en las inscripciones de dominio su cualidad de reservables; 2.º, que sobre los mismos se constituya hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos á reserva. Pero ésta regla fué implícitamente derogada por el art. 977 del Código, que ordena solamente la anotación indicadora de su cualidad de reservables, limitando la hipoteca del artículo siguiente 978, para garantizar el valor de los inmuebles que han sido válidamente enajenados con anterioridad á la celebración del matrimonio. Los bienes reservables enajenados van sujetos á una condición resolutoria: la existencia de hijos ó descendientes al tiempo del fallecimiento del enajenante. Esta condición resolutoria no perjudica á terceros adquirentes. Así terminantemente lo ordena el art. 975, «sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria». Los hijos, por tanto, serán de fraudados, si el padre ó el primer comprador resultan insolventes.»

A ésta cuestión contestó el que suscribe que, en su opinión,

Digitized by Google

el art. 977 del Código civil, en unión con el 975, que respeta los principios de la ley Hipotecaria, aseguran los bienes reservables á los hijos, aun sin la hipoteca de los inmuebles, porque no subsistiendo las enajenaciones, y adquiriendo los terceros con esta condición resolutoria *inscrita*, rije el art. 37, párrafo 1.º, y el 16 de la ley Hipotecaria; que tratándose de inmuebles, la enajenación se rescindiría, y si el padre fuese insolvente, el perjudicado sería el tercero, si bien sabía que á eso estaba expuesto.

El Sr. López Mazón, aunque recurriendo al art. 33 de la ley Hipotecaria, coincidió en el fondo con mi opinión, puesto que decía: «La anotación entiendo que es bastante, pues á la verdad siempre he creído que la hipoteca que por el valor de los mismos inmuebles se exigía, es innecesaria por redundante.»

La conclusión que he copiado, ó parte de un error, ó deja sin expresar el verdadero motivo de la duda, y del perjuicio que cree se irroga á los hijos y descendientes. Los bienes reservables inmuebles que se enajenan, dicen, «van sujetos á una condición resolutoria». Esto es cierto si la enajenación se hace después de contraído segundo matrimonio. Esta condición resolutoria, añade, no perjudica á terceros adquirentes. ¿Por qué? Así terminantemente lo ordena el art. 975 al expresar» «sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria.»

No estoy conforme. Las palabras con que termina el art. 975 no dicen terminantemente ni de ningún modo, que la condición resolutoria no perjudica á terceros adquirentes. Lo dispuesto en la ley Hipotecaria, es, según queda expresado, lo que preceptúan los artículos 36-37 y otros, y según ellos, si consta la cualidad reservable de los bienes en el Registro, claro es que la condición resolutoria perjudica á tercero. Por consiguiente, los hijos no serán defraudados, aunque el padre ó el primer comprador resulten insolventes. La hipoteca dudosa que parecía exigir el núm. 2.º del art. 194 de la ley Hipotecaria, era por tanto innecesaria, porque, ó subsistían las fincas ó derechos reservables, ó no. En el primer caso, seguro tenían los

Digitized by Google

hijos su derecho, con hipoteca y sin hipoteca; en el segundo, al dejar de existir la finca dejaba de existir la hipoteca, por lo que ésta no mejoraba la condición de los hijos, que sería en todo caso igual á la de cualquier otro acreedor.

Quizás la conclusión se refiera al caso de que no conste en las inscripciones de dominio por nota marginal, la calidad reservable de los bienes; pero entonces tampoco constaría la hipoteca; ¿cómo se explicaría la presentación de la copia duplicada del acta en el Registro, y su cumplimiento sólo en una parte de lo que la ley ordena? Aún entonces eran necesarias muchas circunstancias para que los hijos fuesen perjudicados, como queda dicho en otro lugar. Aceptando en el padre como alternativa una ú otra obligación, el anotar ó constituír hipoteca por los inmuebles reservables, lo mismo podía dejar de cumplir la una que la otra, resultando de todos modos que el art. 977 del Código no ha perjudicado ni dejado en el desamparo los derechos de los descendientes, al menos en cuanto á los inmuebles enajenados después de constraído segundo matrimonio.

Considerando la personalidad de los hijos, independiente de la de su padre ó madre obligados ó reservar, ó presuponiendo en los hijos que han de reclamar la resolución de las enajenaciones, una renuncia de su respectiva herencia, las declaraciones del Código y las conclusiones que preceden, no pueden ser más firmes y ciertas. Pero si consideramos á los hijos ó descendientes como los continuadores legales de la personalidad de su ascendiente, hay que reconocer que indirectamente se les causa ó puede causar el perjuicio que indica la conclusión, porque en las enajenaciones por título oneroso, como el binubo ya ha muerto cuando puede pedirse la rescisión, tendrán los hijos como herederos que devolver al tercero el precio ó equivalente que se entregó por lo que reclaman; y en este caso, á pesar de la nota marginal, resultará que los bienes son suyos, pero habrán tenido que volverlos á permutar ó comprar. Si el título fué lucrativo, ó siendo oneroso existía en poder del padre

Digitized by Google

ó madre el equivalente, ó hay otros herederos sin derecho á reserva que parece deben ser en su caso los que respondan de la devolución, los hijos y descendientes que gocen el beneficio de la reserva no perderán nada. Pero si el padre se desprendió de ese equivalente porque nadie se lo impedía, y no existen otros herederos, perderán otro tanto de lo que pueden recibir. El peligro, como se ve, es remoto; pero para prevenirlo todo no cabe duda que la hipoteca de los inmuebles reservables evitaría hasta ese perjuicio, por lo que en principio debía considerarse preferible á la anotación que el Código mantiene.

Cuando el padre ó la madre voluntariamente no se presten á la constitución de hipoteca, si los hijos son mayores de edad, sólo ellos pueden exigirla. Si son menores, tienen obligación de reclamar la formación del expediente sus tutores ó curadores si los hubiere, y en su defecto, cualquier pariente ó albacea del cónyuge premuerto. Hoy parece que esa obligación debe recaer sobre el defensor judicial del menor, si lo hubiere, y sobre las otras personas indicadas; pues existiendo padre ó madre, no existirán, por regla general, tutor, protutor ni consejo de familia.

Estas disposiciones y las de los artículos 116 al 119 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, y 50 de la instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á Registro, son las que tratan de que sean una verdad los medios que la ley establece para asegurar á los hijos y descendientes su derecho á los bienes reservables ¡Lástima, sin embargo, que todas estas disposiciones se consideren como de lujo, y dejen casi siempre de cumplirse! Los Notarios y Registradores pueden por sí sólos, en los pocos casos en que se pide su intervención, hacer que conste la cualidad reservable de determinados bienes. Pero, ¡cuántos inmuebles reservables se enajenan en perjuicio de los hijos, sin que los mismos interesados sepan lo que dan, ni lo que adquieren!

Terminado este punto, no encuentro contradicción en esta materia entre el Código y la ley Hipotecaria. Ésta acepta los

Digitized by Google

bienes reservables que se le impongan, sean los que sean, y explica la forma de asegurar con hipoteca lo que esté determiminado de antemano que ha de asegurarse. Aquél en cambio, quiere que lo que establece sobre enajenaciones de inmuebles, sea sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria, y que los bienes se anoten y la hipoteca se constituya é inscriba con arreglo á lo que en la misma se preceptúa. El único punto contradictorio era el de quedar los inmuebles reservables hipotecados por su propio valor, y ésto también contradecía á la misma ley Hipotecaria, y era difícil de entender, aunque no tan absurdo cómo suponen los Sres. Galindo y Escosura, porque esa hipoteca era posible con arreglo al art. 109.

Creo, pues, que tal como está la ley Hipotecaria, se adapta bien á la doctrina del Código civil, sin que esto quiera decir que no se la deba tocar. Debe eliminarse lo que hoy sobra en el núm. 2.º del art. 194; no está demás revisar la redacción de todos los artículos que se ocupan de esta hipoteca legal, porque en verdad algunos parece que se escribieron pensando en asuntos completamente distintos, y sin conciencia de lo que se hacía. Hay además, entre la ley y su reglamento, preceptos que difieren poco ó mucho, y otros que deben ser variados y puestos en armonía con otras disposiciones, que si no soore bienes reservables, han innovado nuestro derecho civil en otras materias: la hipoteca por el padrastro y las obligaciones de los tutores y curadores, se encuentran en este caso. Por último, bajo las bases del Código, podría expresamente exigirse al padre ó madre, cuanto se creyese necesario, para que quedase debidamente asegurado en favor de los hijos y descendientes, el precio ó valor de los muebles é inmuebles reservables, enajenados válidamente ántes de contraer segundo matrimonio.

(Continuará.)

JOSÉ MORELL,
Registrador de la propiedad.

Digitized by Google

ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

De las cuestiones sometidas á la resolución de los jurados y preguntas á que habrán de contestar.—Doctrina del Tribunal Supremo.

Es indudable que el éxito en el juicio por jurados depende, por punto general, de la forma en que se redacten las preguntas que ha de comprender el veredicto. Es ésta una labor sumamente difícil, máxime si con anterioridad y mediante un estudio previo muy minucioso de la causa, no se acopian por el Presidente los materiales precisos para poder—con las modificaciones que la prueba en el acto del juicio imponga, y con las que las partes introduzcan en sus calificaciones definitivas—redactarlas, una vez terminado el resumen, sin que entre éste y la redacción de dichas preguntas haya solución de continuidad bastante para fijarlas con la tranquilidad y la fría reflexión que precisa trabajo tan difícil. Dichas preguntas, sin ese estudio previo, tienen forzosamente que resultar defectuosas en su forma, y en ocasiones deficientes en el fondo, cuando después de una larga sesión, respirando una atmósfera viciada, fatigado el cuerpo, y quebrantado el espíritu por la acumulación en el cerebro de tantas ideas como es preciso acopiar para hacer un resumen en la forma difícil, casi imposible, que exige la ley, se formulan sin la base de un trabajo preliminar que facilite la formación de un veredicto bastante á contener todos, absolutamente todos los hechos constitutivos y circunstanciales que han de dar base forzada á la Sección de derecho para la sentencia, y que resulten de la prueba practicada.

Digitized by Google

La sentencia es un silogismo con dos premisas y una consecuencia: la primera premisa de los juicios por jurados nos la dá el veredicto: la segunda la tenemos en el Código, y la consecuencia lógicamente la deducimos de ambas: por consiguiente, al redactar el veredicto, deben tenerse presentes todos los puntos de hecho que habrán de constituir la resultancia, caso de ser la Sección de derecho la que hiciese declaración de hechos probados; lo cual no puede menos de ser así, ya que, conforme á lo que ordena el art. 97 de la ley, el veredicto transcrito en la sentencia viene á sustituir á la narración y calificación de dichos hechos probados.

Es por consecuencia necesario que, aparte del orden que establecen los artículos 72 y siguientes de la ley del Jurado, al veredicto se lleven todos los particulares que resulten de la prueba y sirvan de apoyo á las respectivas calificaciones; y nótese bien que, si en alguna de éstas se formulase una circunstancia cualquiera, ya sea constitutiva, ya circunstancial, basada en hechos que no han sido objeto de la prueba, sobre ello no debe de ningún modo hacerse pregunta alguna porque falte la materia sobre que ésta habrá de versar. Al Jurado no se le puede preguntar sobre hechos aducidos caprichosamente por la defensa ó por el Fiscal, si sobre ellos no se practicó prueba, ya que sus contestaciones, afirmativas ó negativas, tienen forzosamente que fundarse en la justificación que al juicio se hayan llevado; y no habiéndose aportado ninguna sobre hechos fabricados á su antojo por cualquiera de las partes, no es posible que con relación á ellos se formule pregunta, cuya contestación es imposible, ya que el Tribunal de hecho ha de hacer sus declaraciones teniendo en cuenta las pruebas que se le dieren, conforme á lo establecido en el art. 58.

Y no se trata aquí de establecer teorías que den lugar á controversia: se trata de la interpretación recta de la ley, que está bastante clara, para que no haya necesidad de acudir á las reglas de la hermenéutica ó teoría de la explicación, ni á los principios de la crítica racional: á aquéllas y á éstos única-

Digitized by Google

mente es lícito acudir cuando la ley esté obscura, cuando ofrezca duda; pero la del Jurado, en el artículo que examinamos, ni gramatical ni lógicamente ofrece dificultad alguna, y por consiguiente, es preciso entenderla tal como está escrita, sin dar tortura á sus palabras, porque éstas expresan perfectamente la intención del legislador y la razón ó motivo de la ley.

Sentados estos precedentes, que creemos de esencia para el examen de los artículos que comprende el cap. 10, tít. 2.º de la ley del Jurado, vamos desde luego á ocuparnos del art. 71, ya que el que le precede se refiere únicamente al deber que tiene el Presidente de formular las preguntas á que los jurados habrán de contestar con arreglo á las conclusiones definitivas de la acusación y de la defensa; precepto general con la excepción consignada en el art. 75 de la citada ley. Pero no nos creemos excusados de recordar á este propósito, que se falta terminantemente al indicado art. 70, cuando se omite la pregunta comprensiva de las conclusiones de las partes, que es legal y obligatoria (Sentencias de 20 de Octubre de 1889 y 6 de Marzo de 1890), siempre que, añadiremos nosotros, no ocurra el caso previsto en el art. 71; así como que cuando se aleguen circunstancias eximentes, atenuantes ó agravantes, deben ser éstas objeto de preguntas concretas, para que el Jurado resuelva si habrán ó no de ser estimadas (Sent. 27 de Febrero de 1891).

Dicho art. 71 establece, que cuando las conclusiones de la acusación y de la defensa sean contradictorias, de tal suerte que absuelta una pregunta en sentido afirmativo, no puede menos de quedar resuelta la otra en sentido negativo, ó viceversa, se formulará una sola pregunta, cuyo precepto no puede ofrecer duda alguna. Así, si el acusado lo es de haber ejecutado un hecho constitutivo de delito, y la defensa niega que lo haya realizado, es evidente que al contestar afirmativa ó negativamente á la pregunta que se le haga con relación á ese hecho, queda el problema resuelto, ya que es una sola la tésis que se propone al Jurado; esto es, si el acusado ejecutó ó nó aquel hecho, y si es culpable del mismo. No ha ofrecido, que sepamos,

Digitized by Google

duda alguna este artículo, y por eso el Tribunal Supremo no ha sentado doctrina referente al mismo.

No sucede lo propio en cuanto al art. 72, que contiene la regla general á que han de sujetarse el Presidente, y en su caso la Sección de derecho, para formular las preguntas. «El hecho principal, dice el artículo, *debe ser siempre objeto de la primera pregunta*», empleando la fórmula que establece el apartado primero del art 76; «*pero respecto de él, como respecto de los demás, sobre que hayan versado las pruebas del juicio, podrán hacerse tantas preguntas cuantas sean necesarias, para que en las contestaciones de los jurados haya unidad de concepto, y para que no se acumulen en una misma pregunta términos que puedan ser contestados afirmativamente unos y negativamente otros*».

Esta parte del artículo viene á darnos la razón respecto á lo que hemos dicho al principio: el hecho principal, cuando sea necesario, se dividirá en tantas preguntas cuantas sean precisas para que en ellas se comprendan todos los accidentes de tiempo, lugar y modo que han concurrido en su ejecución y que se refieran á las circunstancias constitutivas del delito, ya que estando conformes los jurados en la concurrencia de alguna de aquéllas, pueden no estarlo en todas, y englobadas en una sola pregunta se daría lugar á que ocurriese lo que el mismo artículo nos dice, esto es, que la contestación á esa sola pregunta envolviese términos contradictorios y por consiguiente no habría medios hábiles para absolverla debidamente; por lo cual el Tribunal Supremo, declara ajustándose á la ley, como siempre, que se falta á la unidad de concepto cuando en una misma pregunta se contienen términos que pueden ser contestados afirmativamente unos, y de un modo negativo los otros (Sentencia de 20 de Mayo de 1890).

Las preguntas, como expresa la Sentencia de 20 de Diciembre de 1889, no deben ser generales y vagas, sino concretas y atinentes al hecho descrito en las conclusiones; y por eso dice en otra Sentencia de 15 de Noviembre de 1889, que son defectuosas aquellas preguntas en las cuales no hay unidad de con-

Digitized by Google

cepto, ó las que acumulan en una misma términos que puedan ser contestados afirmativamente unos y negativamente otros, procediendo el recurso de casación cuando cualquiera de las partes reclama contra ellas y lo prepara con la oportuna protesta.

Las preguntas han de referirse á los hechos ocurridos y que han sido objeto de las conclusiones definitivas del Fiscal y de la defensa; por eso el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de Octubre de 1890, al resolver en un recurso interpuesto por la negativa del Tribunal *a quo* á hacer después de la pregunta de si, caso de no producir una herida la muerte, hubiera curado dentro de los treinta días, cuyo extremo había sido objeto de la prueba, la de si hubieran dichas lesiones curado antes de los noventa, pero después de los treinta días, declara que no son pertinentes las preguntas que entrañan concepto ú opinión de sucesos futuros ó contingentes superiores á los cálculos racionales de probabilidad, por cuya razón no son procedentes ni tienen verdadera importancia para el resultado del juicio.

Como establece el mismo art. 72 en su apartado 2.º, *los hechos* contenidos en las preguntas, ya sean relativos á elementos morales, ya á los materiales, serán los referentes á la existencia de estos mismos elementos del delito imputado, á la participación de los acusados, al grado á que llegó el delito, y á las circunstancias que hubiesen concurrido.

Con sobrada claridad lo indica el artículo, cuyo complemento se encuentra en el último apartado del 76, que manda omitir toda denominación jurídica al formular las preguntas; éstas han de versar sobre hechos y sólo sobre hechos, teniendo siempre muy presente que, según la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cualesquiera que sean su naturaleza y eficacia, no pueden derivarse de meras presunciones, siquiera sean racionales y verosímiles, sino de hechos concretos, de existencia indudable en la conciencia del juzgador, que natural y necesariamente producen dichas cir-

Digitized by Google

cunstancias. Así pues, conforme á lo dispuesto en este apartado del artículo que examinamos, en concordancia, como hemos dicho, con el último del 76, han de hacerse preguntas, fuera de la cuestión de culpabilidad ó inculpabilidad, sobre la cual declaran los jurados con libertad de conciencia, sobre la participación de los acusados como autores, cómplices ó encubridores. Difícil es hacer dicha pregunta, como dice la ley, por separado de la que tiende á declarar la culpabilidad ó la inculpabilidad, porque en esta primera, con relación á cada uno de los acusados, va envuelta irremisiblemente también la declaración de la parte que en la obra del crimen ha tomado cada uno. Se pregunta, por ejemplo: «¿F. de T., es culpable de haber causado á N. una herida que le produjo la muerte?»; y contestada esta pregunta afirmativamente, claro es que, sin otras que vengan á elevar el grado del delito cometido, quiere decir para la Sección de derecho, que F. de T. es autor, conforme al núm. 1.º del art. 13 del Código penal, de un delito de homicidio, y no cabe que se haga otra pregunta dirigida á repetir la misma declaración, es decir, que en la primera se contiene la calificación del hecho y la responsabilidad de autor que alcanza al agente. Si se pregunta: «¿F. de T., obligó á N. por medio de la fuerza, poniéndole un puñal al pecho, á colocar en el vaso que contenía los medicamentos que se administraban á Z. una dosis de estrignina que produjo á éste la muerte?; al responder afirmativamente, claro es que F. de T. es autor de un delito de asesinato, con arreglo al art. 13, número 2.º, y así sucesivamente respecto á la participación que alcanza á cada acusado, ya como cómplice, ya como encubridor; pues al declararle el Jurado culpable de tales hechos, señala también la responsabilidad que debe asignársele en su comisión, sin que quepa otra pregunta sobre este último.

Respecto al grado á que ha llegado el delito, tampoco por punto general, cuando éste ha sido consumado, hay que hacer más preguntas que la primera en la mayor parte de las ocasiones; pero en otras, sobre todo en los delitos contra la propie-

Digitized by Google

dad, y cuando la consumación se niega por las defensas, es necesario que se hagan todas las precisas para que pueda con facilidad deducirse de sus contestaciones si efectivamente el delito no llegó más que al grado de frustración ó al de tentativa; siempre, por supuesto, que haya materia para hacer la pregunta, esto es, que existan hechos que hayan sido objeto de la prueba y que permitan formularlas, porque en otro caso, como hemos dicho, no cabe proponer la tesis al Jurado.

Con relación á las circunstancias, hay que tener presente lo que hemos dicho anteriormente: estas preguntas son de las que en mayor número y más frecuentemente hay que dirigir á los jurados, porque el abuso que por punto general se hace de ellas, obliga al Presidente á redactar veredictos en los cuales tienen que figurar todas esas circunstancias, por medio de las cuales se busca la atenuación de la pena; pero debe tenerse en cuenta que si no hay hechos en que fundarlas, no pueden ni deben hacerse, porque no hay términos hábiles para ello: debiendo siempre el Presidente, según la definición expresa del art. 76, último apartado, cuidar de omitir toda denominación jurídica.

Toda circunstancia, sea de la índole y naturaleza que quiera, tiene que nacer de un hecho: sobre ese hecho ha de recaer la pregunta, siendo de la competencia del Tribunal de derecho apreciar si la contestación afirmativa del Jurado da origen á las circunstancias alegadas. Así, por ejemplo, si se pregunta al Jurado buscando la atenuante de estímulos poderosos que naturalmente produjeron arrebato y obcecación en el acusado, si éste acometió á N., esposo de la mujer con quien sostenía relaciones ilícitas, al entrar dicho N. en su casa y abofetear á su mujer, que estaba con las ropas descompuestas sentada al lado del acusado, aun cuando en el veredicto se consigne una respuesta afirmativa á tal pregunta, no puede ni debe el Tribunal de derecho apreciar este hecho como generador de la circunstancia 7.ª del art. 9.º, porque los estímulos de arrebato, únicos que atenúan la responsabilidad de los delin-

Digitized by Google

cuentes, son los que se originan en sentimientos legítimos, no aquellos que nacen de pasiones ilícitas cuyo predominio en el ánimo del delincuente revela en él un mayor grado de perversidad, no cuando reconocen un origen inmoral, ó determinan ese estado de ánimo móviles torpes ó innobles, porque de otro modo se confundiría el estímulo poderoso y natural de que habla la ley, con otro estímulo artificial y vicioso, para el que, en vez de atenuación, sólo tiene aquélla censura: y en obedecimiento á lo que ordena el art. 72 de que nos ocupamos, el Presidente haría la pregunta ociosa en absoluto, ya que, sea la que quiera la solución que á ella diese el Jurado, no cabría estimar dicha circunstancia de atenuación (sentencia de 21 de Noviembre de 1891). Lo mismo decimos de esta circunstancia que de la núm. 5.º del mismo art. 9.º, si, por ejemplo, se alega como motivo de disculpa ó atenuación, comprendido en el número y artículo citado, en un delito de homicidio, el hecho de haber el ofendido dado un ligero empellón al hermano ó al padre del acusado al pasar por la calle; pues si el Jurado contesta afirmativamente, la Sección de derecho debe pesar si esa circunstancia reune todos los requisitos que el Código exige para que sea estimable; y en caso de que no considere la ofensa bastante inmediata ni bastante grave, debe rechazarla razonando en los considerandos su negativa; á cuyo tenor pudiéramos examinar casi todas las circunstancias contenidas en los artículos 8.º, 9.º y 10 del Código penal. Y que nuestra apreciación es exacta, lo demuestran las resoluciones del Tribunal Supremo de 12 y 20 de Marzo y 21 de Mayo de 1890, en las cuales se declara terminantemente, que *no es suficiente* que el Jurado haya afirmado el concepto jurídico de una circunstancia atenuante, *sin fundamento de hecho*, porque con arreglo á la ley no tiene competencia para hacer meras calificaciones de este orden, *y es preciso que se consignen en el veredicto los hechos* en que se fundan las circunstancias, no siendo *posible estimar* una de éstas que no se derive de los hechos consignados en el veredicto, en el cual no se mencionen cir-

Digitized by Google

cunstanciadamente los pormenores y accidentes del delito; por lo cual, limitada una pregunta al concepto jurídico y calificación legal reservada por la ley al Tribunal de derecho de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, *sin expresar los hechos que la constituyen*, de conformidad con lo que preceptúa el art. 72 de la ley del Jurado, no puede la Sala apreciar, por falta de datos, debidamente en casación, la existencia de dicha circunstancia. La pregunta á que se refiere esta sentencia, que es la última de las citadas más arriba, es la siguiente: en la ejecución del hecho, ¿ha concurrido la circunstancia agravante de abuso de superioridad con relación al procesado? Pues bien; á pesar de la contestación afirmativa del Jurado, el Tribunal Supremo, con muchísima razón y completa lógica, casó la sentencia, no estimando la circunstancia que se alegaba.

Es visto, por lo que venimos exponiendo, que todas las preguntas que impliquen un concepto exclusivamente jurídico, aquellas en que se pide á los jurados una calificación legal de los hechos, son impertinentes é indebidas, conforme á lo que ordena el art. 72 y á la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencias de 30 de Diciembre del 89, y 28 de Mayo y 25 de Noviembre de 1890; por eso, confirmando la doctrina contenida en las sentencias más arriba citadas, vuelve á decidir dicho Tribunal que está bien denegada la ampliación de una pregunta dirigida al Jurado cuando envuelve conceptos y apreciaciones, no ya de hecho, que les corresponde decidir, sino esencialmente de derecho, que sólo los Jueces de tal deben resolver, cuales eran si los hechos comprendidos en la pregunta tenían las circunstancias y condiciones requeridas en el núm. 7.º del art. 9.º del Código penal, ó bien si el acusado obró ó no con arrebato y obcecación.

La jurisprudencia de nuestro más elevado Tribunal es uniforme en este punto; no se observa contradicción alguna y viene á fijarse de modo magistral en la *Sentencia de 25 de Noviembre de 1890*, en la cual declara: que aparte de la libertad absoluta de conciencia con que los jurados resuelvan la cuestión de cul-

Digitized by Google

pabilidad del acusado, sólo tienen competencia, supuesta aquélla, para afirmar ó negar los hechos, ya sean relativos á elementos morales, ya materiales de los que puedan derivarse la naturaleza del delito, sus circunstancias, la determinación de la participación en el mismo del culpable y el grado de responsabilidad; por cuya razón, ni se les debe preguntar empleando denominaciones jurídicas, ni sobre calificaciones legales, que únicamente el Tribunal de derecho puede hacer según los hechos que el Jurado afirme; y así como á los hechos declarados en el veredicto del Jurado debe atender la Sala del Tribunal Supremo para la resolución de las cuestiones planteadas en casación, *no constituyen*, por la inversa, verdad legal incontrovertible, las calificaciones jurídicas que en las preguntas del veredicto se hayan indebidamente contenido, por exceder de los límites de la competencia de los Jueces de hecho, cuyas conclusiones no pueden consiguientemente ser impugnadas cuando la Sección de derecho las hace suyas; por todo lo cual, al declarar el Jurado y aceptar la Sección de derecho que N. obró violentado por una fuerza irresistible, consigna una calificación jurídica que puede ser corregida en casación si no se deriva rectamente de los hechos en que pretende fundarse; porque significando dicha circunstancia eximente la anulación de la libertad el hecho de que pretende derivarse en favor del acusado, si constituye un estímulo natural que le impulsó á obrar como obró, no implica la coartación de su libertad hasta el punto de suponer que realizó el hecho contra su voluntad, como fuere preciso para estimar la eximente 9.ª del art. 8.º

Previene el art. 72 de que nos ocupamos, que las preguntas han de versar sobre los elementos morales y materiales del delito, ya se refieran á circunstancias constitutivas, ya á las circunstancias que modifican la responsabilidad; por consiguiente, según declara el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de Junio de 1890, la cuestión de si el procesado tuvo intención sólo de herir y no de causar la muerte á su adversario, es un elemento moral del delito, y su apreciación soberana corres-

Digitized by Google

ponde al Jurado, cuyas declaraciones en el veredicto, como resultado que son de las que ha hecho de las pruebas, han de ser respetadas por el Tribunal de derecho, siendo, por consiguiente, inevitable apreciar la circunstancia 3.ª del art. 9.º, cuando la falta de intención ha sido declarada por el Jurado; pero como el mismo Tribunal Supremo nos ha enseñado en las sentencias que hemos citado antes, se sobreentiende que para apreciar esta circunstancia, así como cualquiera otra que se alegue y discuta, es necesario, absolutamente preciso, que en la pregunta se expresen los hechos en que se funda, ya que no puede ni debe, con arreglo al último apartado del art. 76, emplearse denominación jurídica alguna; por eso, recordando la doctrina sustentada por dicho Tribunal en sentencia de 21 de Mayo de 1890, haciendo aplicación de ella al caso en que de esta circunstancia se trate, hay que convenir, en que no pudiendo revelarse la intención del agente como acto interno de otro modo que por los actos externos y manifiestos que concurren en el hecho, únicos que son apreciables por el criterio judicial, es preciso para que que la Sección de derecho, competente para la apreciación jurídica de las circunstancias, pueda apreciar si concurrió ó no la 3.ª del art. 9.º como de disculpa en el caso en que se alegue, que de los hechos afirmados en el veredicto, de la situación moral del delincuente en el momento de la acción, del modo, forma y accidentes con que se haya cometido el hecho, aparezca ó se deduzca con claridad que la acción ha ido más lejos que el propósito ó intención del agente, y si de los hechos en que se funda la circunstancia no resulta esa desarmonía por los medios y fuerza usados, entre el propósito del delincuente y el resultado de la acción, entonces la Sección de derecho debe declarar que no ha concurrido la referida circunstancia, sea la que quiera la contestación que el Jurado haya dado á la pregunta.

Y lo mismo que decimos de esta circunstancia, podemos decir de la de embriaguez no habitual y de las demás de los artículos 8.º, 9.º y 10. No basta que se diga por el defensor en sus conclusiones que el delincuente estaba embriagado; es necesa-

Digitized by Google

rio, para que la pregunta sobre la embriaguez quepa dentro del veredicto, que haya hechos en que apoyarla, que sea objeto de la prueba; de otro modo, y debiendo el Jurado juzgar por el resultado de la practicada, no es posible que conteste á un punto sobre el cual no se ha traído elemento alguno al juicio.

En resumen: según la jurisprudencia constante y uniforme del más Alto Tribunal de la Nación, al Jurado no se le ha de preguntar si medió ó no la circunstancia *A* ó *B* de los arts. 8.º, 9.º y 10 del Código penal, sino que han de ser objeto del veredicto los hechos generadores de las mismas, y aun cuando estos hechos sean afirmados por el veredicto, la Sección de derecho tiene el deber de examinar con sumo cuidado si reunen ó no los requisitos esenciales que la ley exige para que dichos hechos den origen á las circunstancias alegadas, y, caso negativo, inspirándose en la ley y en la doctrina del Tribunal Supremo, á pesar de la contestación afirmativa, procede que rechace la circunstancia pretendida.

Puede muy bien derivarse una misma circunstancia de hechos distintos, y en este caso, para cada hecho que tiende á demostrar su existencia, procede hacer la correspondiente pregunta (Sent. de 19 de Mayo de 1890); y es natural que así se haga, ya que algunos de los expresados hechos pudieran ser negados por deficiencia de la prueba y otros afirmados por el Jurado, y de englobarlos todos en una misma pregunta, faltaría la unidad de concepto que es absolutamente necesaria, y no podría ser debidamente contestada por el Jurado. Las circunstancias, por ejemplo, de premeditación y alevosía, se prestan desde luego á que sobre los hechos que las originan se hagan distintas preguntas, porque pueden nacer de actos diferentes que, ya se aprecien en conjunto, ya por separado, son constitutivos de las mismas.

Hay otras circunstancias, como son la 1.ª y 5.ª del art. 10, ó sea la de parentesco y la de realizar el delito por medio de la imprenta, litografía, etc., que según la naturaleza y los efectos del delito han de tomarse como atenuantes ó como agravantes,

Digitized by Google

y desde luego las preguntas que sobre ellas se han de hacer son las referentes al hecho de su existencia, quedando á la apreciación de la Sección de derecho, conforme á la sentencia de 6 de Marzo de 1890, en qué sentido han de estimarse, combinándolas convenientemente con los demás elementos que resulten del veredicto, ya que, como sabemos, es atribución exclusiva de la Sección de derecho definir jurídicamente los hechos generadores de las circunstancias.

Otras, como son las de nocturnidad, el despoblado y la reiteración (15 y 17 del mismo art. 10), también, según la naturaleza y accidentes del delito y las circunstancias del delincuente, las han de tomar ó no en consideración como agravantes los Tribunales; y tampoco aquí es preciso no hacer más que la pregunta llana y sencilla de si se ejecutó el hecho á tal hora de la noche, si el sitio en que tuvo lugar se hallaba á tal ó cual distancia de poblado, y si el acusado fué ó no penado anteriormente por los delitos que resultan de sus antecedentes penales. Si el Jurado no contesta negativamente á esas preguntas, entonces á la Sección corresponde declarar si la noche facilitó la comisión del delito ó su impunidad; si el lugar, dadas sus condiciones topográficas, era lo bastante solitario para que se considerase despoblado, y por último, si esas condenas anteriores demuestran mayor perversidad en el agente y tienen ó no alguna relación jurídica con el hecho por el cual se juzga, para apreciarlas ó desestimarlas, según proceda.

Hay circunstancias, como las 4.ª, 5.ª 6.ª y 7.ª del art. 8.º del Código, que para ser apreciadas íntegramente necesitan la concurrencia de los requisitos que en los mismos números se expresan, y de no concurrir todos y sí sólo algunos de esos requisitos, pueden dar lugar á una minoración considerable en la pena, con arreglo al art. 87, y en este caso es preciso que se hagan las preguntas sobre esos distintos elementos, que reunidos dan lugar á la completa exención de responsabilidad; porque conforme declara el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de Enero de 1891, siendo diversos y pudiendo producir

Digitized by Google

efectos legales distintos según los que se aprecien, al englobar en una sola pregunta dos de ellos y omitir el tercero, se falta á lo prescrito en el art. 72: y claro es que si, por ejemplo, se alega la defensa propia, es necesario hacer la pregunta sobre el hecho constitutivo de la agresión ilegítima, sobre el de la necesidad racional del medio empleado para impedir ó repeler la agresión y sobre el de la falta de provocación por parte del que se defiende; y como la agresión, el acometimiento, puede en ocasiones deducirse de varios hechos, sobre cada uno de ellos, como hemos dicho antes, es preciso hacer la pregunta correspondiente, ya que de cualquiera aislado, ó de todos en conjunto, puede nacer el primer requisito del núm. 4.° del art. 8.°; debiendo tenerse muy presente que ocurre muchas veces que por ignorancia ó por otras causas que no son ahora del caso, estime el Jurado frecuentemente el segundo de los requisitos de dicho núm. 4.°, y rechace el 1.°, ó sea el de la agresión ilegítima, que es la base, el fundamento del derecho de defensa, que no tiene razón de ser, ni puede existir, ni se concibe sin el ataque de otro, y entonces la Sección de derecho debe devolver el veredicto al Jurado, con arreglo al núm. 2.° del art. 107, para que lo reforme, bien afirmando el hecho generador del derecho de defensa contenido en la pregunta relativa á la agresión, bien negando la necesidad racional, ya que siendo negativa la pregunta sobre el primer requisito tiene forzosamente que serlo en relación al 2.°, que sólo puede subsistir como consecuencia del primero.

Si se alega, por ejemplo, una circunstancia como análoga á las contenidas en el art. 9.° del Código, como el Jurado no es el llamado á apreciarla jurídicamente, y sí sólo afirma ó niega los hechos de donde aquéllas han de nacer, siguiendo la regla general sentada, debe preguntarse al Jurado sobre el hecho que se propone como análogo á los generadores de las circunstancias atenuantes, reservándose la Sección de derecho, como atribución propia y exclusiva suya, apreciar si el hecho afirmado por el Jurado tiene la analogía que afirma la

Digitized by Google

defensa con la circunstancia indicada por ésta, y es de igual entidad, negando á ese hecho el alcance que se le quiere dar, si á su juicio no debe tenerlo. Importa, pues, muy poco que el Jurado afirme, por ejemplo, que el acusado es septuagenario, y que la defensa diga que esta circunstancia es análoga á la de ser el culpable menor de dieciocho años, si la Sección de derecho entiende que en los que alcanzan tan avanzada edad no puede suponerse un incompleto discernimiento, ni tampoco pueden los Jueces de derecho apreciar como atenuante el arrepentimiento del acusado cuando ha sido afirmado en el veredicto, si entiende que no es de igual entidad ni análoga esta circunstancia á ninguna de las demás enumeradas en el artículo 9.º, ni la de haber cometido el delito en riña, ni la de ser ciego el culpable, si demostró con sus actos, tranquilidad de ánimo sobrada para cometer un asesinato, ni otras muchas alegadas por la defensa y afirmadas por el Jurado con el noble propósito de mejorar la condición del acusado.

Así como todas las circunstancias constitutivas esenciales del acto criminal deben comprenderse en la primera pregunta, cuya contestación afirma ó niega la existencia del delito, y casi siempre la responsabilidad que alcanza al acusado, ya como autor, ya como cómplice, ya como encubridor, las que se refieren á las circunstancias modificativas de la responsabilidad es necesario que se hagan por separado, cuidando de no comprenderlas en la primera pregunta, que debe referirse única y exclusivamente al hecho principal descartado de las circunstancias de lugar y tiempo, y hasta de la forma especial en que el delito se cometiera: ya porque así lo establece el artículo 72, ya también porque, cuanto más concretas sean las preguntas, mayor facilidad encuentra el Jurado para contestarlas, y comprendiendo en dicha primera pregunta los accidentes citados, pudiera envolver términos contradictorios, lo que debe evitarse á todo trance, siendo preferible y de mejor resultado práctico preguntar: 1.º, si N. es culpable de haber causado á X., por ejemplo, el día tantos y en tal sitio un golpe

Digitized by Google

con una faca que le produjo la muerte; 2.°, si el delito ha sido calificado como de asesinato, debe preguntarse sobre el hecho generador de la circunstancia que constituye el asesinato, y sucesivamente sobre las genéricas de la hora, del despoblado y de todos los demás accidentes que modifiquen la responsabilidad en el sentido de agravación ó de atenuación, y las demás alegadas por las partes, no olvidando nunca hacer la debida pregunta sobre aquellas circunstancias que dependan de los antecedentes del mismo acusado, aun cuando consten de un modo evidente en el proceso, cuales son las de la edad y las de la reincidencia; porque según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 28 de Mayo y 27 de Noviembre de 1890, si bien en el último párrafo del art. 72 de la ley del Jurado se reservan á la Sección de derecho sin necesidad de formular pregunta alguna en el veredicto los conceptos exclusivamente jurídicos que puedan apreciarse independientemente de todos los elementos materiales ó morales constitutivos del delito ó de sus circunstancias, no puede prescindirse de comprender en él todas las que hagan referencia á hechos, como lo es el de haber sido penado el procesado por delito comprendido en el mismo título del Código, que no contiene concepto alguno exclusivamente jurídico, y por lo tanto, sus elementos materiales y morales están sometidos á la decisión del Jurado, con arreglo al párrafo 2.° de dicho artículo. Y no afirmándose en el veredicto, único á que hay que atender en materia de hechos, el de la reincidencia, la afirmación que sobre ella hace la Sección de derecho con notoria incompetencia no puede surtir efectos legales ni modificar la responsabilidad que lógicamente se derive de las preguntas contestadas por los jurados; declarando en la de 13 de Febrero de 1891, que en las causas de la competencia del Jurado, corresponde exclusivamente á los Jueces de hecho la declaración, no sólo de la culpabilidad ó inocencia del acusado, sino también de su mayor ó menor responsabilidad criminal, atendidas las circunstancias que hubiesen concurrido en la perpetración del delito, y limitada la

Digitized by Google

misión del Tribunal de derecho á aplicar la ley con sujeción estricta al veredicto, infringe el art. 10 del Código penal al apreciar su concurrencia, aunque de la sentencia resulte que los penados fueron condenados con anterioridad por el mismo delito, si el hecho de la reincidencia no fué objeto de pregunta en el veredicto.

(Se continuará.)

FELIPE POZZI Y GENTÓN,
Magistrado de Audiencia territorial.

Digitized by Google

CÓDIGO CIVIL

Jurisprudencia del Tribunal Supremo en las diversas cuestiones sometidas á su resolución.

ARRENDAMIENTO.—*Cuándo termina el plazo del contrato de arrendamiento en las fincas rústicas.*—Previene el art. 1564 del Código, como precepto de carácter general, que si el arriendo se ha hecho por tiempo determinado, concluye en el día prefijado en el contrato, sin necesidad de requerimiento especial. Asimismo, y como disposición particular para los predios rústicos, ordena el 1577 que cuando las partes contratantes *no hayan fijado su duración*, el arriendo se entiende hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de frutos que toda la finca diere en un año, ó pueda dar por una vez, aunque pase de dos años.

El Tribunal Supremo, resolviendo en casación la doctrina de dichos artículos, decidió acertadamente en sentencia de 1.º de Julio de 1891 (*Gaceta* de 19 de Agosto siguiente), que estipulado en el contrato de arriendo la duración de cinco años, los cuales terminaban en 1.º de Octubre de 1890, aquél concluía, como consecuencia de la convención, al tiempo estipulado en el contrato; por lo cual la Sala aplicó rectamente tal principio, sin infringir, como se alegaba en el recurso, las Decisiones de Justicia 186 y 338, vigentes en Aragón, y lo dispuesto en el art. 1577 del Código civil vigente, acerca de cuándo se entienden terminados los arrendamientos de fincas rústicas.

Lugar en que ha de verificarse el pago de la renta estipulada.—

Digitized by Google

Promovida cuestión jurisdiccional entre diversos Jueces que se creían competentes para conocer de cierta reclamación sobre pago de alquileres de una casa, por entender el uno que tratándose de una acción personal, y no constando pacto expreso, la competencia radicaba en el Juez del lugar en que el demandante residía; y el otro, que la jurisdicción residía en el del sitio en que la finca se hallaba y donde la obligación debiera cumplirse, la Sala tercera del Tribunal Supremo, en 3 de Diciembre de 1891 (*Gaceta* del 12), determinó: que no existiendo pacto alguno respecto del sitio en que debe pagarse el alquiler de una finca, éste debe satisfacerse en el mismo punto en que el inmueble radique, tanto por ser el lugar del cumplimiento del contrato, como por razón de lo establecido en los artículos 1171 y 1574 del Código civil.

Indemnización de perjuicios que puede exigir el arrendatario.—Cuando el comprador da por terminado el arrendamiento, el arrendatario podrá exigir, conforme al art. 1571 del Código civil, que se le deje recoger los frutos de la cosecha del año agrícola corriente, y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le ocasionen. El Tribunal de Casación, en sentencia de 3 de Noviembre de 1892 (*Gaceta* de 24 de Diciembre), ha resuelto que la reclamación de esos perjuicios no se extiende á la privación del interés, utilidad de provecho, de ganancia ó de lucro, sino á los perjuicios previstos, ó que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación, y no á los dudosos y contingentes; quedando siempre el regularlos á la exclusiva apreciación de la Sala, conforme al artículo general 1107 del Código y núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil.

*
* *

CAPACIDAD DE LOS MENORES.—*Nulidad de un contrato otorgado en Navarra por un menor de veinticinco años.*—Casando el fallo recurrido que declaró la validez de dicho contrato, esta-

Digitized by Google

blece el Tribunal Supremo, en sentencia de 1.º de Abril de 1891 (*Gaceta* de 26 de Mayo): 1.º, que de acuerdo con el artículo 5.º de la ley de 11 de Mayo de 1888, la provincia de Navarra continúa sometida por ahora en toda su integridad á la legislación foral, debiendo regir el Código civil como derecho supletorio en defectó del que allí lo sea por virtud de sus leyes especiales; 2.º, que con arreglo á lo dispuesto en el art. 15 del Código, los derechos y deberes de familia y los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, declarados en dicho Código, no pueden aplicarse á las personas nacidas en territorios aforados ó de padres sujetos al derecho foral, si no se hubiese ganado vecindad en forma, debiendo respetarse el estado de derecho constituído por la ley ó la costumbre en la forma prevenida en el art. 6.º del Código; 3.º, que en contra de lo consignado en el Fuero y su Amejoramiento, se observa en Navarra la costumbre de que la mayor edad empiece á los veinticinco años, que es lo que dispone el Derecho romano, supletorio del foral, y 4.º, qne el menor de dicha edad carece, por tanto, de capacidad legal para contratar y obligarse, conforme á la legislación de Navarra; siendo, en su virtud, nulo el contrato, cuya eficacia reconocía erróneamente la sentencia recurrida.

*
* *

COMPRAVENTA.—*No es rescindible un contrato de compraventa que se supone hecho en fraude de acreedores cuando el comprador ha inscrito su derecho en la manera y con las solemnidades prescritas en la ley Hipotecaria, y no resulta demostrada la complicidad del adquirente en el fraude atribuído al vendedor.*—El Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de Noviembre de 1892 (*Gaceta* de 9 de Enero siguiente), casando y anulando el fallo recurrido, que declaró rescindida una venta hecha por persona contra quien se había dictado sentencia condenatoria y librado mandamiento de embargo, venta que se estimaba hecha en fraude de acreedores, resolvió: 1.º, que las disposiciones gene-

Digitized by Google

rales del Código civil, relativas al contrato de compraventa, han de entenderse, y así lo ordena el art. 1537, relacionadas con los preceptos de la ley Hipotecaria; y según el 608 de dicho Código, hay que atenerse á lo dispuesto en la ley Hipotecaria para determinar la fuerza y efectos de la inscripción y anotaciones hechas en el Registro; 2.º, que si bien, conforme á los artículos 1291, caso 3.º, y 1297 del Código, las ventas se presumen en fraude de acreedores cuando el vendedor hubiese sido condenado con anterioridad al pago de cantidades, ó se hubiese expedido contra él mandamiento de embargo, dispone el 34 de la ley Hipotecaria que los contratos que se otorguen por quien aparezca en el Registro con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto á los que con él hubiesen contratado, aunque después se resuelva el derecho del otorgante por causas que no consten en el Registro; deduciéndose de este precepto que ni la sentencia condenatoria, ni el mandamiento de embargo, producen efecto alguno en perjuicio del comprador si no resultan previamente anotados sobre las fincas vendidas; y subordinada, por tanto, como lo está, la ley especial Hipotecaria al Código civil, es claro que no cabe rescindir, como hecha en fraude de acreedores, una enajenación, si por otros medios no se acredita la complicidad del comprador en el contrato tenido por fraudulento.

Lugar en que habrá de verificarse el pago del precio.—Resolviendo una competencia entre los Jueces del distrito de la Magdalena de Sevilla y el del partido de Almendralejo, que recíprocamente se atribuían el conocimiento del asunto, determinó el Tribunal Supremo (Sent. de 23 de Noviembre de 1891, *Gaceta* de 10 de Diciembre), que disponiendo el Código civil en el artículo 1500 que en el contrato de compraventa el pago deba hacerse en el lugar en que se entregue la cosa, salvo estipulación contraria, entrega que tuvo lugar en Almendralejo, y ejercitándose además una acción personal, era competente dicho Juez, conforme á las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, y no el del distrito de la Magdalena de Sevilla.

Digitized by Google

COMUNIDAD DE BIENES.—*Interpretación de los artículos 394 y 397 del Código.*—El Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de Diciembre de 1891 (*Gaceta* de 14 de Enero de 1892), desestimando el recurso de casación promovido por la parte demandada en un pleito sobre demolición de obras de mampostería que descansaban sobre un patio común á diversos propietarios, sentó como doctrina: 1.°, que no se habían infringido en la sentencia recurrida los artículos 394 y 397 del Código civil, que determinan el servicio que cada partícipe puede hacer de la cosa sin perjuicio de la comunidad, y que requieren el consentimiento de los condueños, aun resultando ventajas de las obras; porque la Sala sentenciadora apreciaba común el patio, interpretando por ello rectamente los citados artículos: 2.°, que eran inaplicables al caso los artículos 25, 34 y 36 de la ley Hipotecaria, porque el causante de los derechos de los recurrentes cedió aquello que no era extensivo á los terrenos segregados, no pertenecientes al vendedor, y que, por tanto, no adquirieron jamás dichos terrenos aquéllos; estando en su lugar la demolición acordada de las obras ejecutadas en el patio común.

También ha decidido el Tribunal Supremo (Sent. de 11 de Noviembre de 1892, *Gaceta* de 24 de Diciembre), que los artículos 397 y 398 del Código civil, que versan sobre los deberes de los condueños, y los requisitos que han de concurrir en los acuerdos de la comunidad, no son aplicables á las cuestiones sobre servidumbre de pastos, cuando no se suscita cuestión alguna entre condueños, sino que meramente se reclama el cumplimiento de dicha servidumbre.

***

CONTRATOS.—*Validez de un contrato privado é indemnización de perjuicios.*—Celebrado en 20 de Mayo de 1889 un contrato privado entre la administración de una obra pía y el deudor á la misma, contrato que debiera elevarse á escritura pública, y en el cual, por medio de una verdadera novación, se liquidaba

Digitized by Google

la suma debida, se prorrogaba el plazo para solucionarla, y se establecía que, finado dicho plazo sin entregarse la deuda, quedaba la finca hipotecada en favor de la fundación, los patronos de ésta cedieron en 1890 á un tercero el crédito hipotecario reconocido con anterioridad á la escritura privada de Mayo de 1889.

Dictada sentencia reconociendo la validez del documento privado, condenando por ello á la representación de la obra pía á elevarlo á escritura pública, y caso de no ser posible, á la correspondiente indemnización de perjuicios, el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación (Sentencia de 19 de Noviembre de 1891, *Gaceta* de 1.° de Enero de 1892), estableció la siguiente doctrina: 1.°, que si bien el art. 1261 del Código civil establece que no hay contrato sin causa, en el contrato privado, base de la demanda, constaba la deuda cierta, la prórroga de cuatro años, la liberación de intereses, y finalmente, la obligación en el deudor de realizar dentro de aquel plazo la cantidad adeudada, siendo las demás condiciones fijadas pactos anejos, cuya eficacia no puede romper el vínculo de derecho nacido de la convención principal: 2.° que el núm. 4.° del art. 107 de la ley Hipotecaria, en relación con los arts. 1858 y 1859 del Código, se limitan á declarar la nulidad del pacto de no volver á hipotecar, ó de apropiarse las cosas dadas en anticresis, prenda ó hipoteca; pero no la nulidad de la obligación principal que garantizan, cuyo cumplimiento puede reclamar siempre el acreedor; y 3.° que la indemnización de daños y perjuicios habrá de exigirse en los casos de incumplimiento ó contravención de las partes á lo estipulado en los contratos, como previenen los artículos 1101 y 1106 del citado Código civil.

Interpretación de los contratos.—Conforme á la constante doctrina del Tribunal Supremo, anterior al Código civil, dicho Tribunal de Casación ha establecido que no es aplicable el artículo 1282 del Código—que se refiere á que el juicio de la intención de los contratantes deberá formarse por los actos de éstos coetáneos y posteriores al contrato,—cuando por lo ex-

Digitized by Google

plícito y terminante de las cláusulas no surge la menor duda ni se hace necesaria su interpretación (Sentencia de 27 de Octubre de 1891, *Gaceta* de 5 de Diciembre siguiente).

Solidaridad de los mandantes en el contrato de mandato.—El Supremo Tribunal, en sentencia de 10 de Junio de 1891 (*Gaceta* de 23 de Septiembre), resuelve que el precepto del artículo 1731 del Código civil, que establece la solidaridad de obligación en las dos ó más personas que nombraron un mandatario para un negocio común, no es aplicable á poderes otorgados antes de la publicación del Código, debiendo, á falta de lo que de los poderes resulte, atenerse á lo dispuesto en la ley 10, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación.

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.—No se infringe el art. 1116 del Código civil al reconocer la eficacia de un convenio de acreedores para quienes lo suscribiesen, y por ello lo consintieron; cosa perfectamente lícita, en nada contraria á la moral y las leyes, y que tampoco se opone á lo prevenido en el art. 1116 del Código civil, ajustándose al decidirlo así la Sala sentenciadora á lo dispuesto en los artículos 1091, 1254, 1255 y 1257 del citado Código, porque el convenio celebrado entre los acreedores revestía fuerza de ley, y si bien sus efectos no podían alcanzar á otras personas que aquellas que lo aceptaron, al suscribirlo la parte recurrente venía obligada á su cumplimiento. (Sent. de 10 de Mayo de 1892, *Gaceta* de 14 de Agosto siguiente.)

*
* *

Disposiciones final y transitorias del código civil.—*Presentada en 1890 una demanda en la cual se ejercitan derechos nacidos al amparo de las leyes anteriores al Código, no son aplicables las disposiciones de éste.*—En sentencia de 2 de Noviembre de 1892 (*Gaceta* de 7 de Enero de 1893) estableció la Sala de Casación: 1.º, que conforme á la 4.ª disposición transitoria del Código civil, las acciones y derechos nacidos y no ejercitados

Digitized by Google

antes de regir el Código, subsisten en los términos que les reconociera la legislación anterior; por lo cual, ejercitándose en el pleito una acción nacida bajo el amparo de las leyes anteriores, ha podido resolverse, como en efecto lo resolvió el Tribunal sentenciador, por la sola virtud de sus preceptos, sin aplicar los del vigente Código civil, los cuales no regían el acto.

Preciso es reconocer también que la validez ó nulidad de los actos celebrados bajo el imperio de la ley civil, anterior al Código, no se rige con fuerza retroactiva que afecte á los derechos á que dió origen por las disposiciones de este Cuerpo legal (Sent. de 17 de Noviembre de 1892, *Gaceta* de 7 de Enero de 1893); y que nunca puede invocarse la infracción del artículo 1976, ó sea la disposición final del Código, suponiéndola infringida, sin dejar demostrado en el recurso que lo resuelto por el Tribunal sentenciador es contrario á las disposiciones legales vigentes; siendo, por último, improcedente fundamentar los recursos en doctrina del Tribunal Supremo anterior á la promulgación del Código, siquiera sea conforme con los preceptos de éste. (Sents. de 4 de Junio y 16 de Diciembre de 1892, *Gacetas* de 22 de Agosto de 1892 y 21 de Febrero de 1893.)

En cuanto á la disposición transitoria 1.ª del Código, es muy notable la doctrina sentada por el Tribunal de Casación en sentencia de 20 de Diciembre de 1892 (*Gaceta* de 21 de Febrero de 1893); pero nos reservamos ahora de examinarla, á fin de estudiarla debidamente al tratar de la patria potestad.

La Redacción

Digitized by Google

DERECHO PROCESAL

Datos prácticos para la futura ley de Enjuiciamiento civil.

Si no de extraordinaria novedad—por que se halla en la conciencia de todos los que consagran su atención á estas materias la urgencia de acudir á la reforma de nuestras leyes procesales en lo civil—tendrá el presente trabajo el valor, no insignificante á los fines del Derecho, de basarse en enseñanzas y ejemplos que el cargo de juzgador nos ofrece en nuestra labor diaria de la administración de la justicia; labor que pone de relieve las dificultades inherentes á la recta interpretación de la ley escrita.

Precisamente en el vigente Código de procedimiento civil se hacen notar los vacíos y deficiencias que habrán de ser remediadas en aquella parte que más claras y previsoras en su redacción debían ser las disposiciones legales. Existe, por ejemplo, ese tratado de juicios verbales, verdadero martirio, no sólo para los infelices Jueces legos que conocen de ellos primeramente, sino hasta para los Letrados y Jueces de primera instancia, que luego les habrán de resolver en virtud de apelación. Asusta el reflexionar sobre las miles de cábalas que, á la sombra de los preceptos procesales y aun fundadas en ellos, puede realizar un modesto funcionario de esos tan corrientes en los distritos municipales, apartados de toda comunicación culta y carecedores hasta de las débiles luces que un Abogado ó persona de buen sentido, de las que en el lugar lo tengan más des-

Digitized by Google

pierto, puedan proporcionarles, y que sólo guiados por las ordinariamente más ilustradas lecciones del Secretario, el cual, por lo menos, ha tenido que acreditar su suficiencia de algún modo, intervienen muchas veces en graves cuestiones de interés y honra, ó en delicadas diferencias que con tanta frecuencia avivan y traen á mal traer á los pueblos pequeños, y que aún se presentan en éstos con caracteres de mayor radicalismo que en las poblaciones de más extenso vecindario y cultura.

Pues bien; contrayéndome á lo de que antes trataba, bien puede decirse que cada uno de los artículos destinados en la correspondiente ley Procesal á regular los juicios verbales civiles, es por sí un semillero de vacilaciones y de problemas legales por resolver, entre los que no citaremos, por no sernos posible otra cosa, más que alguno como ejemplo y de los de más relieve y significación transcendental.

El art. 715 ya provoca la cuestión muy frecuentemente ofrecida en la práctica, de que si en la oportuna demanda se reclama cantidad inferior á la permitida como máximum de 250 pesetas, aunque se funde en documento ejecutivo ó como canon ó renta foral, v. gr., adeudada en varias anualidades, y el demandado luego excepciona que se opone á dicha reclamación por no reconocer en el actor la cualidad de perceptor de la renta, y por tanto, niegue dicha reclamación y además el derecho al pago de las prestaciones perpetuas ó vitalicias, entre las cuales quiera comprender el demandante las exigidas, podrá ó no decretarse la inhibición en favor del Juez de primera instancia respectivo, caso de que la reducción ú operación aritmética de que trata el art. 489 de la ley, diera por resultado una cuantía litigiosa superior á la dicha de 250 pesetas. Debe decirse que si el demandado supiere que tenía éxito su oposición para conseguir quizá desarmar á su contendiente con el desaliento que le infundiría, obligándole á llevar el pleito ante Tribunal superior y con tramitación más solemne y costosa, podría autorizarse el uso de un arma de mala ley puesta en manos de los demandados, con sólo que éstos declarasen la

Digitized by Google

excepción de oposición, sin necesidad de probarla, y requiriendo de inhibición al Juez municipal por incompetente para entender en asunto que no es de sus atribuciones. Pero no es menos cierto que, admitiéndose una reclamación como la dicha, propuesta subrepticiamente por un demandante cualquiera, pudiera hacerse prevalecer una petición capciosa, sin que al demandado le quedara más que lugar y facultad para decir y probar si efectivamente debía ó no las anualidades reclamadas, y no discutir la circunstancia de si el actor es ó no dueño de la pensión, una vez que éste no demanda más que una cantidad fija y determinada que entra en el límite de competencia que está señalada á los Jueces municipales, y no hace materia de litigio la cuestión de propiedad de las rentas reclamadas.

La diversidad de prácticas respecto á este punto en los Juzgados de primera instancia, es evidente, lo cual, como antes expresamos, nada tiene de extraño, en atención, no sólo á que hay respetables argumentos en favor de las dos soluciones indicadas, sino que el silencio de la ley se presta á ello, muy favorablemente por cierto.

Otra anomalía es la que ofrece el art. 718 de la referida ley Procesal, en el cual se hace la referencia al 496 de la misma para el caso en que no se conforme el demandado con la cuantía litigiosa fijada por el demandante. Tratándose, al parecer, de juicios verbales, procede solamente que el Juez oiga á los interesados y luego decida, sin que le sea dado ilustrarse del parecer de peritos, aun por procedimiento sumario, como ocurre si el pleito de que se trata es de menor cuantía; pues, según el art. 493, en su segundo párrafo, si cada parte estimare de distinto modo el valor de la demanda, elegirán en el mismo acto un perito que lo aprecie, ó uno cada parte, y el Juez un tercero que dirima la discordia, si la hubiere. Es decir, siempre menores garantías cuando se trata de Jueces que en su mayor parte suelen ser legos, que en los Letrados que desesempeñan los Juzgados de primera instancia, anomalía notable y que procede remediar, aun teniendo en cuenta la mayor celeridad en

Digitized by Google

el procedimiento verbal y el menor interés que en éste puede perseguirse.

Y, ¡cuántas observaciones no se ocurren al ver la extraordinaria disparidad de criterios y sistemas que se siguen en las actas comprensivas de las manifestaciones, resultados de las pruebas y acuerdos judiciales que recaen en los juicios verbales! Obsérvase acerca de tal particular desde la ilimitada laxitud otorgada á los litigantes para que anoten en el acta todo lo que se les ocurra, sea propio ó impropio, oportuno ó incongruente, hasta reducir la iniciativa de demandante y demandado á términos matemáticos, no dejándoles alegar más que una sola vez á cada uno, sin remisión del infalible é indiscutible acuerdo. Y en materia de ofrecimiento de prueba, ¡cuánta variedad, igualmente se practica! Juzgados en que se obliga á acompañarlas á los interesados en la primera instancia; otros que las admiten conforme se van presentando los hechos, cuya probanza ellas han de terminar; algunos en que sólo *hasta la tercera vez* se extiende el límite de la tolerancia; por lo que se hace difícil determinar cuándo habrá de protestarse de indefensión por denegación de prueba.

Urge y se necesita, por tanto, que en el tratado de juicios verbales de la ley de Enjuiciamiento se consignen reglas, aunque no sean más que cardinales, entresacadas, en lo que quepa y por analogía, de lo vigente hoy respecto á juicios de menor y de mayor cuantía y de los trámites á que las apelaciones de los mismos se sujetan, Que tal medida sirva principalmente para que las mayores precisión y previsión en los artículos de la ley alejen todo motivo de interpretación diversa y hagan innecesarias prácticas judiciales que, mientras duren las actuales circunstancias, se hacen cada vez más posibles y llevan consigo consecuencias que sólo el que estudia en la experiencia y realidad de los casos concretos, aprecia á qué resultados tan deplorables conducen.

Encontramos asimismo digno de reforma el art. 731 de la citada ley de Enjuiciamiento, en lo que se refiere al plazo para

Digitized by Google

dictar sentencia en los juicios verbales. Muy pocas serán las veces en que el problema que comprenda la reclamación entablada se ofrezca con precisión de términos y claridad suficiente para ser solucionada en el fallo que habrá de redactarse en cada juicio ó juicios vistos, precisamente en el día mismo en que han sido terminados. No por ser la cuantía mínima la ventilada en un juicio verbal, dejan de presentarse en ellos cuestiones jurídicas, á veces de transcendencia mayor y de más difícil solución que las que son objeto de los juicios de menor ó de mayor cuantía. Con frecuencia en los primeros, lo de menos resulta la apreciación de la prueba; y al darse cuenta de las peticiones de los interesados tal como las formularon, repetidas veces se trata de si procede, por ejemplo, aplicar el Código civil ó la legislación anterior por ofrecer dudas la procedencia al caso concreto planteado, de una ú otra de las disposiciones transitorias que en el final de aquél se insertan; ó de si una determinada ley de Partida ó de la Novísima Recopilación han sido explicadas en un sentido ú otro por cierta ó ciertas sentencias del Tribunal Supremo; y en conclusión, las mismas dificultades en la resolución de asuntos judiciales pueden presentarse, por razón de lo dicho, á los Jueces de primera instancia que á los municipales, y sin embargo, á éstos, que, como queda expresado, debe exigírseles menor ó quizá ninguna cultura jurídica cuando no tienen la cualidad de Letrados, y por el imprescindible recurso que les queda de tener que apelar al consejo de persona perita, residente muchas veces fuera de la localidad, se les pide mayores facultades, y en consecuencia, se les presta menores facilidades para cumplir debidamente los penosos deberes que lleva consigo el cargo. No se adulteraría el objeto y carácter de los juicios verbales con disponer que la sentencia en los mismos fuese dictada por el Juez municipal en el tercero ó quinto día hábil siguiente al en que se celebró la última comparecencia; y con otorgar al Juez de primera instancia severas medidas de rigor para castigar á los inferiores jerárquicos que no respetasen

Digitized by Google

tal término, suficiente entonces para calificar de especiosas ó inciertas las excusas, no probadas legalmente, que alegaran al hacérseles responsables de la dilación en dictar sentencia. Porque hoy, y á espaldas de la ley, tiene, en más de una ocasión, el Juez superior que dar como dictada en el debido plazo la sentencia de que en grado de apelación conoce, cuando la extralimitación no comprende un muy largo plazo, sino que se limita á muy pocos días, por hallarse la conciencia del juzgador plenamente convencida de la imposibilidad absoluta que el Juez municipal tuvo para obedecer estrictamente el precepto legal, atendidos el apesadumbrador número de asuntos de todas clases en que aquel hubo de entender en cada día, y además el tiempo que forzosamente empleó en el estudio del caso legal planteado ó en la busca de ilustrado consejero que guiase su inteligencia, bastantes veces ciega, aun en problemas rudimentarios del Derecho. Y estas dos circunstancias, principalmente la primera, ó sea la de multiplicidad de asuntos de que conoce cada Juzgado municipal, constituyen casi la regla general de lo que en éstos acontece; pero bastará que un solo caso de esta naturaleza ocurriera para que la concesión de un mayor prudencial plazo, en la forma que ya queda indicada, fuera digno de acordar.

Las propias reflexiones últimamente expuestas pueden aplicarse á la crítica del art. 736, que impone de igual modo al Juez de primera instancia el deber de dictar sentencia, en las apelaciones de juicios verbales, en el mismo día ó siguiente al de la celebración de la comparecencia que prescribe el anterior art. 735. Y aquí, quizá, se hacen de mayor peso los motivos para aconsejar la reforma, por entender dichos Jueces en su calidad de Instructores de sumarios, en más número de asuntos y de mayor importancia. Téngase presente, por otra parte, que aquellos funcionarios sentencian los juicios verbales mediante una especie de recurso de casación, sin que contra el fallo pueda ejercitarse más que el muy raramente usado recurso de responsabilidad; y que, por tanto, el apremio

Digitized by Google

que significa la fijación de un angustioso plazo para dictar sentencia, puede, en bastantes ocasiones, ser origen de precipitaciones, y por lo mismo, de un cómodo y excesivo prurito de confirmar los fallos inferiores.

Por las mismas razones es también precepto muerto en el Código de procedimientos el del art. 262, con aplicación á los juicios verbales, al designar al Secretario del Juzgado municipal para que practique las notificaciones de las sentencias en aquéllos recaidas. Y es precepto muerto, porque ha venido la realidad de las cosas, con mayor elocuencia que las reglas teóricas sólo consignadas en el papel, á hacer ver lo imposible de que dicho funcionario dé á conocer las providencias, autos ó sentencias en el mismo día ó siguiente de ser dictadas (artículo 260), cuando, como acontece frecuentemente, ha de notificar dos ó más resoluciones en un mismo día y en puntos de extrema distancia en el propio término municipal; habiendo de precisar en más de una ocasión de un día entero para cumplir tal obligación con referencia á sólo un juicio verbal, todo sin contar con los rigurosos preceptos de residencia en la capital del Municipio que le impone la ley de Registro civil respecto á inscripciones de nacimientos, y de defunciones especialmente.

De aquí que sea lógico el aconsejar, ó bien que se amplíe el plazo para notificar resoluciones judiciales del referido artículo 262, cuando se trate de juicios verbales, porque representa además mayor exigencia que la impuesta á los Escribanos ó Actuarios, los cuales notifican casi siempre y en el mismo local del Juzgado á los Procuradores, cuya asistencia es muy poco corriente, viniendo, en los juicios verbales, si á ellos acuden, con representación por poder; ó bien autorizar á los alguaciles del Juzgado municipal para que, comisionados en cada caso por el Secretario ó con delegación general, practiquen las notificaciones, aun de sentencias, cuando aquél se encuentre imposibilitado para ello.

Con lo exageradamente deficiente é implícita que se mues-

Digitized by Google

tra la ley de Procedimientos civiles en el tratado de juicios verbales, se dan lugar á otro sin fin de dudas que, á pesar de todo, aparecen resueltas en la práctica, porque es imposible dejarlas sin adecuada solución, pero de distinta y aun opuesta manera en cada Juzgado, lo cual ocasiona la muy fundada crítica de la diversidad de jurisprudencia establecida respecto al particular; pero siendo infundadas las censuras, é injustas por lo de considerar culpables de ellas á los funcionarios que administran justicia en la forma imperfecta y deficiente que les está prescrito. Así, por ejemplo, un quebrantamiento de forma en la primera instancia de los juicios verbales, ¿puede hacerse valer en la apelación y ser motivo para anular actuaciones aun no habiéndose formulado la correspondiente protesta ó petición de reparación al cometerse ó notarse en primera instancia la falta? Se estima, en efecto, el quebrantamiento de forma y se anulan diligencias de juicio verbal en los Juzgados de primera instancia al entender en la apelación de aquellos, y no porque la ley autoriza tales medidas para todos los casos, á pesar de lo cual se dictan generalmente, sino aplicando por analogía las reglas del art. 1693 de dicha ley y demás preceptos de la misma con él concordantes; pero unos Jueces acuerdan la nulidad ó reparo de agravios á consecuencia del quebrantamiento sólo cuando contra éste se reclamó al ser cometido ó apercibirse de él los litigantes; y otros en todos los casos en que se hace aquél valer en las diligencias de la apelación, y aun con frecuencia de oficio, y sin previa reclamación. Tanto los primeros como los segundos, en nuestro concepto, pueden fundarse en razones de mayor ó menor fuerza de verdad, pero siempre verosímiles y defendibles ante el mutismo tan censurable de la ley, en particular de indudable interés para el procedimiento.

Asimismo, y aunque no sea más que por equidad, es de presumir que los Jueces que entienden en la apelación de los juicios verbales admitan la prueba que se proponga en tal trámite si cumple los requisitos que igualmente, por analogía,

Digitized by Google

procede aplicar y traer al presente caso de los artículos 862, 863 y 897 de la ley. Pero, ¿no hay motivos, y aún más legales, para defender el opuesto criterio, en el silencio del Código enjuiciador respecto á dicho extremo? Por lo menos, ¿no sería de desear que en aquél existiera un precepto de carácter general, comprensivo en sustancia del aforismo antiguo jurídico? *Ubi eadem est ratio, eadem est juris dispositio.*

Véase, en conclusión—aun no habiendo hecho otra cosa en el presente modesto trabajo que apuntar los ejemplos de más relieve, entre los que en el tratado de juicios verbales de la ley de Enjuiciamiento civil denuncian con irresistible evidencia—lo muy necesitada que aquélla se halla de pronta modificación en varios particulares, y principalmente en el á que vengo refiriéndome, si aparece justificada la disparidad de criterio jurídico entre los distintos funcionarios administradores de la justicia, y urgente, además de indispensable, la tarea de resolver la multiplicidad de prácticas procesales, no ya sólo regionales, sino hasta locales y también personales, en la uniformidad, que es de razón y además maxima constitucional, de una misma legislación enjuiciadora para todos los ámbitos de la Monarquía española.

ZÓILO RODRÍGUEZ Y PORRERO.
Juez de instrucción y de primera instancia por oposición.

Digitized by Google

DERECHO PENAL

Doctrina del Tribunal Supremo sobre los artículos 1.º y 471 del Código penal vigente.

El hombre, sujeto del Derecho, produce el delito cuando mediante el concurso ordenado de todas sus facultades anímicas realiza la transgresión de la ley penal voluntaria y conscientemente.

Así la sensibilidad ejerciendo el papel de agente provocador por medio de las potencias afectivas, la inteligencia dirigiendo los movimientos de nuestra actividad, y esta última ejecutando al fin de modo resuelto la acción que elaboró el pensamiento, dan como resultante el delito, que caracterizado por los actos exteriores que le determinan, se nos presenta como materia de la sanción del Derecho.

¿Qué es, pues, la intención en esa complicada génesis del delito? Pues no es otra cosa que el propósito deliberado de dirigir nuestras acciones á un fin preconcebido de antemano. Que la intención no es la voluntad, sino una manifestación más perfecta de ella; que los actos voluntarios no son siempre maliciosos ó intencionales; y que el elemento de la no intención, si excluye el dolo, no aleja la responsabilidad por la culpa, y que sólo cuando no hay intención ni voluntad surge el *caso fortuito;* así como que la concurrencia de la intención, en más ó menos, únicamente sirve de motivo de atenuación, son ideas generales que conviene recordar al estudiar la doctrina recientemente sentada por el Tribunal de casación.

Con la autoridad que le es indiscutible, ha venido á interpretar el Supremo Tribunal de Justicia el párrafo 2.º del art. 1.º del Código penal, determinando á la vez la acertada inteligencia del art. 471 que define el delito de injurias.

PRIMERA CUESTIÓN. *¿Existe el delito de injurias graves cuando las*

Digitized by Google

expresiones tenidas en el concepto general por gravemente ofensivas se profieren á consecuencia de una excitación en el ánimo del sujeto y como protesta de actos injustos realizados por la persona que se cree ofendida? —El Tribunal Supremo en sentencias de 7 de Noviembre de 1882 (*Gaceta* de 8 de Febrero de 1893), y 10 de Noviembre de dicho año (*Gaceta* de 29 de Marzo de 1893), ha resuelto esta importantísima cuestión. Los hechos, fundamento del primer fallo, son sustancialmente los de que disgustada una mujer con otra, ésta, en ocasión de pasar aquélla por la casa de la última, la introdujo en las habitaciones, y auxiliada de otra persona, trató de castigarla; pero, saliendo enseguida la maltratada á la calle descompuesta y acalorada, apellidó á la querellada de *prostituta* dirigiéndola otras frases ofensivas. Los hechos motivo del segundo recurso son virtualmente idénticos, y de igual naturaleza la falta de moralidad atribuida á la supuesta ofendida. Pues bien: resolviendo la Sala de Casación, al anular las sentencias que penaron como delito tales hechos, el verdadero alcance de la letra del art. 471 de nuestro Código penal, primer punto resuelto en la casación, establece muy acertadamente: 1.º, que el dolo específico ó el ánimo injuriando es un factor esencial del delito de injurias, debiendo deducirse el concurso de ese elemento moral, á falta de pruebas directas de los hechos precedentes y coetáneos al acto externo generador de la querella, de las causas que lo motivaron, de las circunstancias del lugar y tiempo, de las relaciones entre el ofensor y ofendido, y con singular preferencia del estado psicológico del agente en el momento preciso del delito: 2.º, que cuando las frases ó supuestos afrentosos se profieren obedeciendo á un movimiento anímico irreflexivo, y sin la conciencia necesaria de su alcance y significación, desaparece el concepto de delito, porque falta el elemento moral que integra la injuria, y esa falta se opone al propósito ó ánimo deliberado de difamar, que es característico y esencial en tales delitos; y 3.º, que si bien los epítetos de p... y ladrona son ofensivos, sólo integran injuria cuando se profieren con intención de atribuir un vicio ó falta de moralidad, no cuando se vierten acaloradamente como protesta ó manifestación de un sentimiento enérgico profundamente lastimado por quien se cree con ellos ofendido.

Requiere, sin embargo, esta discretísima doctrina de nuestro Tribunal de Casación un exquisito cuidado en los Tribunales sentenciadores, si no han de confundir la aplicación de la circunstancia ate-

Digitized by Google

nante 7.ª del art. 9.º del Código, en los casos que proceda, con una verdadera circunstancia que excusa en realidad el delito, y que, como se ha visto, hace desaparecer la virtualidad jurídica del mismo. La labor no es difícil ni requiere serias meditaciones. Basta que los Jueces dirijan sus investigaciones al análisis subjetivo de los elementos que informen el acto; que piensen que toda injuria en tanto lo es, en cuanto se haya proferido con intención de deshonrar, desacreditar ó producir menosprecio á una persona; y que se penetren de que lo ilícito de la frase ó concepto se subordina siempre á movimientos internos del ánimo, producidos por causas circunstanciales y de momento; lo cual es bien distinto de los motivos que generan aquella obcecación y aquel arrebato inductivos de una atenuación en la delincuencia, pero que no despojan al hecho de la intencionalidad que le es propia.

SEGUNDA CUESTIÓN. *La intención en el agente, fuera de los casos de imprudencia, es elemento esencial del delito, y aun cuando siempre se presume conforme al art. 1.º del Código, no engendra responsabilidad criminal, si consta lo contrario.*—La escuela histórica cometía un error lamentable al asegurar que sólo podía denominarse acto voluntario al acto libre, inteligente é *intencional*, y que, por lo tanto, sin intención no había delito. Las doctrinas vigentes—aceptadas discretamente por nuestro Código penal—se han apartado con razón de esos peligrosos derroteros, y sólo reconocen la intención como elemento circunstancial y no de esencia al acto ilícito, admitiendo únicamente como inhèrentes al mismo la libertad en el sujeto y la inteligencia en la acción que forman el concepto acertado de la voluntad humana, en la cual la intención no es más que el resultado previsto y determinado por el agente al resolverse á obrar. De ahí la imputabilidad de los actos voluntarios é intencionales *(voluntas scœleris)* y de los actos voluntarios sí, pero no intencionales, cometidos por imprudencia, negligencia ó descuido, *(culpa lata, leve y levísima)*, no reconociéndose jamás la imputabilidad del hecho fortuito *(casus)*.

El Tribunal Supremo—excusado parece recordarlo—no tenía para qué hablar de la teoría de la culpa en las injurias, y así debe entenderse la doctrina que sobre la voluntariedad de las acciones consigna en las sentencias de 7 y 10 de Noviembre de 1892. (*Gacetas* de 8 de Febrero y 29 de Marzo de 1893.)

Sabido es que las acciones sometidas á la sanción del Código se

Digitized by Google

presumen siempre voluntarias, ínterin no conste lo contrario, reconociéndose por ello en el art. 1.° del Código, que la voluntariedad es una presunción *juris tantum*, y que la prueba en contrario es siempre admisible; lo cual acontece con la intención, excepto en la imprudencia temeraria.

Es preciso, dice sobre tal particular la sentencia de 10 de Noviembre citada, atenerse en el delito de injurias á la intencionalidad en el ánimo del agente, y cuando la carencia de la intención queda demostrada, el delito no tiene realidad de existencia.

Pero aún es más notable la doctrina sobre la prueba de la intención, admitida en sentencia de 29 de Diciembre de 1892. (*Gaceta* de 30 de Marzo de 1893.)

El hecho de vender como de propiedad exclusiva fincas proindiviso, puede, en verdad, según creyó el Tribunal sentenciador, ser constitutivo de estafa; pero si la voluntariedad y la intención se presumen en principio, cuando consta lo contrario por medios probatorios suficientes á formar el convencimiento, hay que aplicar la teoría de que la intención, fuera del supuesto de imprudencia, es el primero y más esencial elemento del delito, sin cuyo concurso el acto material no engendra responsabilidad en el agente, en orden al derecho criminal, aun cuando pueda dar motivo á responsabilidades de carácter civil. Como claramente se deduce de los fundamentos del fallo dictado por la Sala de Casación al anular la sentencia recurrida, es admisible la prueba contra la virtualidad de la intención que meramente se presume, pero que jamás se admite como indiscutible y ajena á toda demostración en contrario.

La importancia de la doctrina que en vista de las citadas sentencias del Tribunal de Casación acabamos de exponer, es tan transcendental en los extremos relativos á la recta interpretación de los artículos 1.° y 471 del Código penal, que apenas publicadas en las *Gacetas* de Febrero y Marzo, no hemos vacilado en ofrecerlas al estudio y consideración de los lectores de la REVISTA.

PRIMITIVO GONZÁLEZ DEL ALBA
Magistrado de la Audiencia territorial de Granada.

Digitized by Google

LAS REFORMAS DE GRACIA Y JUSTICIA

Hemos recibido el folleto que el Ilustre Colegio de Abogados de Huelva ha publicado recientemente, con motivo de las reformas que se anuncian como realizables en breve plazo sobre organización de Tribunales, y la circular que el Decano del Ilustre Colegio de Almería ha dirigido á sus compañeros de otras localidades con el propio motivo.

Cumple á la Redacción de la REVISTA dejar, ante todo, consignado que, siendo para ella objeto de singular preferencia cuanto se relacione con la honrosa profesión del Abogado, y el no menos noble ejercicio de la augusta labor de la administración de justicia, acogerá con agrado en esta Sección especialísima cuantas indicaciones se hagan en asunto tan transcendental como el de la mejor y más acertada organización de los Tribunales en España.

Pero es preciso manifestar también clara y explícitamente que la REVISTA no habrá de permitirse censurar ni aplaudir en estos momentos proyectos que no son conocidos de forma tal que presten materia á la acertada crítica, ni menos habrá de hacer la causa de este ó del otro interés privado que la anunciada reforma pudiera comprometer. Cuando los Proyectos vayan al Parlamento, cuando ellos sean debidamente conocidos, entonces serán objeto de nuestro estudio, como lo fueron los del Sr. Villaverde, sin dejarnos arrastrar de apasionamientos ni prejuicios, y siempre dentro de la circunspección que, por respeto á nosotros mismos y á la personalidad del jurisconsulto ilustre que se halla al frente del Ministerio de Gracia y Justicia, habremos de imponernos.

La REVISTA se honrará siempre en defender los preciados intereses de los Colegios de Abogados, y los no menos dignos de consideración de los Jueces y Magistrados; y sus deseos no serán otros que los de

Digitized by Google

que al grito herido de las economías, no se comprometan ni lastimen organismos que son la más inestimable garantía del orden social en todos los pueblos cultos.

Quisiéramos, obedeciendo á esos nuestros propósitos, insertar íntegro el *Proyecto de organización de Tribunales* que los Letrados D. Cristóbal y D. Antonio de Montes y Castillo han presentado al Colegio de Abogados de Huelva; pero, por su extensión, ofrecemos, con harto disgusto nuestro, solamente un ligero extracto del mismo.

La base de la reforma en el estudio que tenemos á la vista es el planteamiento definitivo de las Audiencias provinciales con conocimiento en lo civil y criminal, y consiguiente conversión en aquella clase de las Audiencias de territorio. Al efecto divide el proyecto las Audiencias en 34 de categoría de entrada, 14 de ascenso, y una, que sería la de Madrid, de término; instituye tres Inspectores generales y 15 de región, exponiendo que en el personal, así organizado, se obtiene una economía efectiva de 1.623.010 pesetas, que con la rebaja en las dietas de jurados y testigos, hace un total de 2.223.010 pesetas. Combate el aludido trabajo lo que califica de *justicia andantesca, que ha de ir en busca del caso justiciable, con menoscabo de su respetabilidad*, exclusiva salvaguardia de la única institución que en nuestro país ha resistido siempre los embates de todas las convulsiones; calificando á los Tribunales proyectados de *centros de justicia á plazos renovables*, y abogando por la estabilidad de todos los centros de administración de justicia. Cree, asimismo, la Memoria que extractamos, que para tan incesante viajar no bastarían los modestos sueldos de Jueces y Magistrados, y que éstos carecerían de tiempo material para atender á las ordinarias tareas de sus respectivos cargos. Por último, los principios fundamentales que informan el proyecto del Colegio de Abogados de Almería son: el establecimiento en lo civil y criminal de Tribunales colegiados de jerarquías diversas; la creación de Inspectores generales y regionales; las reformas adecuadas en las leyes de procedimiento, Código penal y ley del Jurado, reduciendo el número de figuras de delito á éste sometidas, sobre la base de la penalidad imponible.

Idénticos motivos inspiran las reformas propuestas por el Ilustre Colegio de Almería. Defiéndese por esta Corporación la creación de Audiencias provinciales, á las cuales debiera confiárseles, no sólo «el conocimiento de las causas criminales, que al presente les corres-

Digitized by Google

ponde, sino también el fallo de los asuntos civiles, como se indicaba en el notable discurso leído en 16 de Septiembre de 1889 por el Ministro á la sazón de Gracia y Justicia, Sr. Canalejas, en el solemne acto de la apertura de los Tribunales; sin que pueda decirse que disminuyendo el número de Salas se haría imposible el desempeño de su cometido á los Magistrados de dichas Audiencias, porque bien fácil les sería realizarlo desde el momento en que se eliminaran del Código penal, en el concepto de delitos, y se redujeran á simples faltas, los hechos punibles que fueron elevados á aquella categoría por la reforma de 1876. El fal'o de estos hechos, y aún el de todos los castigados con arresto mayor, podría reservarse á los actuales Jueces de instrucción, aunque se encomendara á los Municipales la sustanciación de tales procesos, pero no la facultad de dictar en ellos sentencia; y en cuanto á la instrucción de los pleitos y de los procesos incoados para la persecución de los delitos, confiarla desde luego á aquellos Juzgados, suprimiendo las Audiencias territoriales.»

El Decano del Colegio de Abogados de Almería entiende, asímismo, «que no en vano han transcurrido veintitrés años desde que el Sr. Montero Ríos proyectó por primera vez y estableció en la ley orgánica de 1870 los Tribunales de partido. Esta reforma pudo en aquella ocasión entrañar un progreso, con relación á los procedimientos judiciales entonces en práctica; hoy, lejos de significar un adelanto, su planteamiento no produciría otra cosa más que un retroceso lamentable en estas materias. Además, la constitución de los Tribunales de partido, formados por tres Jueces de los más inmediatos, según el plan del Ministro, los cuales habrían de reunirse para sentenciar litigios y procesos cada tres meses, llevaría consigo la necesidad de que aquellos estuvieran reunidos la mayor parte del año, quedando mientras tanto abandonada en manos de los Jueces municipales la instrucción de pleitos y causas, tarea no menos difícil y delicada muchas veces que la del fallo; y este gravísimo inconveniente, que á simple vista se descubre en tal proyecto, justifica sobradamente el clamoreo general que á su sola enunciación se ha levantado, no ya entre los perjudicados directamente por la reforma, sino entre cuantos se interesan por la buena y recta administración de la justicia.»

A su vez la Real Sociedad de Amigos del país en Jaén, ha elevado una exposición á las Cortes pidiendo no se supriman las Audiencias

Digitized by Google

provinciales, y que á ellas se conviertan las que en la actualidad son territoriales.

En la citada exposición, después de invocarse razonamientos semejantes á los expuestos por los colegios de Almería y Huelva, y de pedir la reducción de la competencia para conocer el Jurado en ciertos delitos, se consigna que «en muy pocos años, las instituciones jurídicas en nuestra patria han sufrido organizaciones diferentes, determinando, en cierto modo, un estado nuevo, en armonía con el modo de ser del organismo judicial en otros países más adelantados en esta materia. Hace pocos meses que un joven ex Ministro de Gracia y Justicia se congratulaba del planteamiento de la última ley sobre creación y organización de las Audiencias provinciales, haciendo concebir la alhagüeña esperanza de que se impone la sustanciación de los asuntos civiles dentro de los límites de cada provincia, para acercar más la justicia á los litigantes, haciéndola más económica y más asequible á todas las clases de la sociedad. Ahora bien; la reforma que se indica en estos momentos, ¿será interina ó estable? ¿Quedará sujeta al soplo inconstante de la política, al criterio particular de cada personalidad saliente que se suceda en el Ministerio, ó se estudia una organización definitiva? Mucho nos tememos que no suceda así, y que lo único respetable que vive incólume en nuestra patria conservando todos sus prestigios, la Administración de Justicia, padezca las zozobras subsiguientes á tan constantes y alarmadores proyectos de reforma».

El Decano del Colegio de Abogados de Guadalajara acepta análogas reformas respecto de la organización de Tribunales, siendo de parecer que debe ampliarse la esfera de acción de las Audiencias provinciales. Solicita el concurso de los demás Colegios de Abogados á fin de celebrar una Junta magna y deliberar acerca de la conducta que deben seguir en las presentes circunstancias.

Formula, á este efecto, las siguientes bases: 1.ª Cada Colegio designará en Junta general dos, ó á lo sumo tres señores Colegiales, con autorización bastante á representar al mismo todos y cada uno. Estos señores representantes harán conocer en la Junta general á que se convoca las aspiraciones de su respectivo Colegio, y por él concurrirán con sus iniciativas y voto á lo necesario. 2.ª Hasta el día 30 de los corrientes se esperará en el Decanato de Guadalajara la indicación, que rendidamente se encarece, de si ese Ilustre Colegio ha acordado

Digitized by Google

concurrir ó no á aquella Junta, y caso afirmativo, quiénes sean los señores Colegiales designados para representarle. 3.ª La Junta de representantes tendrá lugar en Madrid, salones de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 5 de Mayo próximo, á las tres de la tarde, debiendo antes de dicha hora presentar en la dependencia que se les indicará en Secretaría, sus respectivas credenciales. 4.ª Una vez reunidos los representantes de los Colegios en número igual cuando menos á la mitad de los mismos, contados por representaciones y no por individuos, se procederá á designar, con carácter interino, una mesa de edad, compuesta de un Presidente y dos Secretarios, é inmediatamente á la constitución de la Junta general y nombramiento de la mesa definitiva con el número de cargos y por el procedimiento que la junta acuerde.

El Ilustre Colegio de Abogados de Toledo ha acudido también á las Cortes en súplica de que se dignen desestimar los proyectos económicos de Gracia y Justicia si llegaran á discutirse, fundándose al hacer tal petición, en que llevados á la práctica constituirán:

«Una notoria temeridad al suprimir las Audiencias provinciales, que han arraigado en nuestras costumbres, se han identificado con el sentimiento y con la inteligencia de nuestro pueblo, y satisfacen imperiosas necesidades de alta justicia.

»Un censurable desprestigio hacia lo elevado y augusto de las funciones judiciales, que en todos los países cultos han sido miradas siempre con religioso respeto.

»Una honda perturbación en la Administración de justicia, resentida por los trastornos de recientes reformas que, con la creación de los Tribunales de partido *ambulantes*, quedaría á merced de la arbitrariedad y del capricho.

»Un retroceso harto sensible en el procedimiento criminal cuando teníamos el orgullo de figurar, desde el año 1882, á la cabeza de las naciones más adelantadas de Europa.

»Y, por último, perjuicios irreparables á 34 capitales de provincia que realizaron costosos sacrificios y acumularon elementos de riqueza, condenándolas, sin motivo justificado, á lo infructoso de aquéllos y á la esterilidad de éstos.»

Acompaña á la anterior exposición una Memoria en la que se indican las reformas que deben hacerse en el procedimiento, y se hacen diferentes observaciones á los proyectos del Sr. Montero Ríos.

Digitized by Google

Tales son las opiniones formuladas por los Colegios de Abogados de Huelva, Almería, Guadalajara, Toledo y Real Sociedad de Amigos del País de Jaén, en lo que se relaciona con las anunciadas reformas orgánicas de Tribunales; opiniones que dentro de la absoluta imparcialidad que nos hemos impuesto, transcribimos á esta Sección sin observación alguna, por ahora, de nuestra parte.

La Redacción.

Digitized by Google

REVISTA DE LA PRENSA JURIDICA EXTRANJERA

Sobre el límite entre derecho de defensa y estado de necesidad, por el *Dr. Van Calker,* **Profesor en Halle, (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* tomo 12, números 3.º y 4.º, págs. 443-472.)**

El Tribunal Supremo de Alemania dictó, en Noviembre de 1890, una sentencia sobre el hecho siguiente: El párroco M. de N., que estaba indispuesto con parte del Municipio y con el mismo Alcalde por varias cosas, profirió en la Iglesia, en un sermón ante los fieles, frases injuriosas contra el Alcalde que estaba presente. Este se levantó en el acto, dirigió al párroco las palabras ¡Silencio! ¡Silencio!, y, con algunas otras personas, abandonó la Iglesia, sin más desorden. Acusado el Alcalde de haber infringido el art. 167 del Código penal (delito contra el culto), se defendió diciendo: que con las palabras ¡Silencio! ¡Silencio! había querido únicamente defenderse contra los ulteriores ataques que le amenazaban por parte del predicador.

El Tribunal de primera instancia falló: que el acusado, con las palabras ¡Silencio! ¡Silencio!, se había precavido contra los ataques personales que el predicador había hecho descender contra él desde el púlpito; que estos ataques contenían, en efecto, injurias, violaciones del honor personal (art. 185 del Código penal), para las cuales no estaba autorizado el párroco por razón de su oficio, y que no habían terminado todavía en el momento en que aquellas palabras fueron proferidas, sino que, por el contrario, eran de esperar todavía nuevas expresiones injuriosas; y, por tanto, que el acusado se había hallado en estado de defensa legítima y no se había excedido en ella, y que, en todo caso, había obrado en la creencia de que usaba del derecho de defensa y sin la intención que exige el art. 167 del Código penal. El Tribunal de primera instancia absolvió por esto al acusado, y el Fiscal interpuso recurso de revisión, que fué rechazado por el Tribunal Supremo, fundándose: en que dicho Tribunal tiene ya establecido que no existe delito contra el art. 167 del Código penal, cuando el agente tiene derecho á realizar la acción que aparece como una perturbación del culto divino; la ilegitimidad de la conducta es un supuesto que nace inmediatamente del concepto del delito, y, por tan-

Digitized by Google

to, que se presupone, para que pueda ser aplicado el art. 167 del Código; si el autor está autorizado, por un motivo cualquiera, para realizar la acción, desaparece de ella el carácter de perturbación. La cuestión, dejada abierta por el Tribunal Supremo, sobre los medios de defensa que pueden emplearse contra las extralimitaciones del sacerdote en el servicio divino y bajo qué condiciones puede tener lugar en la Iglesia una intervención justificada contra las acciones de un sacerdote, debe resolverse en el caso presente, en el cual se establece por el Tribunal sentenciador la existencia de un ataque actual ilegítimo del sacerdote contra el honor del acusado y la necesidad de la defensa para rechazarlo, diciendo que éste no ha cometido una acción punible al imponer silencio al sacerdote durante su extralimitación injuriosa contra él, *porque dicha acción estaba justificada por la defensa.* El derecho para defenderse á sí propio existe donde quiera que se dan los requisitos del artículo 53 del Código. Este artículo no es aplicable sólo al ataque realizado contra la persona de otro, sino, como muestra la generalidad de su redacción y dicen expresamente la *Exposición de motivos,* á todo ataque contra el cuerpo, la vida, la honra ó los bienes, á toda intromisión en la esfera jurídica de otra persona; la defensa, por tanto, es también admisible para rechazar las injurias. *Ninguna influencia tiene en el caso de que se trata, que, por la interrupción defensiva del acusado, se perturbase el recogimiento de los fieles reunidos; que la acción del acusado, obrase, por consiguiente, también contra terceros y molestase á éstos.* La comprobación de que el acusado obró en defensa propia, excluye toda perturbación jurídica en cualquiera dirección; *si la acción del acusado fué defensa, no fué desorden grave.*

Ahora bien: en este trabajo no nos proponemos examinar si es admisible el derecho de defensa contra las injurias, cosa que parece indiscutible, según el derecho positivo, ni si es justa, desde el punto de vista de la defensa, la sentencia absolutoria recaída sobre el hecho citado; pero los *considerandos* del fallo del Tribunal Supremo, que dejamos apuntados, nos llevan á discutir una cuestión importante en la esfera de la doctrina de la defensa.

La opinión común admite que, según el art. 53 del Código penal, debe considerarse como no punible aquella perturbación que, dados los requisitos legales de la defensa, ha causado el agredido al *agresor;* pero, por el contrario, las perturbaciones que el agredido, obrando en defensa, no ha causado al *agresor, sino á un tercero que no ha tomado parte en la agresión,* no caen, según la opinión común, bajo la sanción de dicho artículo. Ahora bien: en el caso de la sentencia, ¿fué el agresor (el párroco) el objeto de la perturbación producida por la acción defensiva del agredido (el Alcalde)?

El art. 167 del Código penal, por cuya infracción se acusaba al Alcalde, castiga á «quien, por hechos ó amenazas, impide á alguien practicar el culto de una Sociedad religiosa existente en el Estado, y á quien, en una Iglesia ó en otro lugar destinado á reuniones religiosas, impide ó perturba intencio-

Digitized by Google

nalmente, promoviendo tumulto ó desorden, el culto ó algunas funciones de él de una Sociedad religiosa existente en el Estado.» El sujeto de este derecho no es, pues, el sacerdote de la Sociedad religiosa de que se trata, sino la totalidad de la comunidad reunida para el culto, á la cual pertenece también, sin duda, el sacerdote asistente. Quien ejecuta una de las acciones amenazadas con pena en el art. 167, perturba, por tanto, no sólo un derecho del sacerdote, sino un derecho del cual son sujetos todos los asistentes al culto. La acción defensiva del Alcalde perturbó, pues, no sólo al *agresor*, *sino también á terceros inocentes*.

La sentencia del Tribunal Supremo, que reconoce esto, considera, sin embargo, que no debe castigarse por esta pertubación de los terceros al autor, porque obró en defensa. ¿Podemos generalizar este principio, diciendo: toda perturbación, ora sea el agresor ó un tercero, completamente inocente, el sujeto del derecho perturbado, debe declararse impune por causa de defensa, cuando la acción era necesaria al autor para repeler de sí ó de otro un ataque actual ilegítimo? Esta es la cuestión que queremos investigar, examinando cuáles principios deben tenerse presentes para juzgar la perturbación de un tercero por un autor que obra en defensa.

Hasta ahora no ha sido objeto de estudio detenido la cuestión de si debe tratarse, según las reglas de la doctrina de la defensa, la perturbación de un tercero inocente producida en defensa, y los autores se han limitado, por lo general, á breves indicaciones.

Janka dice que esa perturbación puede causarse con intención ó sin ella; lo primero, cuando el amenazado de un disparo mortal, á falta de otro medio de defensa, coloca entre él y el agresor al tercero, el cual es alcanzado por el disparo, cuando el agredido y perseguido ilegítimamente mata al tercero que halla en su camino, porque le estorba la huída, y sólo puede salvarse pasando sobre su cuerpo; lo segundo, cuando la perturbación dirigida al agresor se desvía (*aberratio ictus* de la acción defensiva), cuando el agredido se lanza sobre el agresor y alcanza por desviación á una persona inocente que está cerca. En el último caso, debe distinguirse, según Janka, si puede imputarse ó no el hecho al autor, declarando impune la acción cuando toda imputación está excluída, y punible cuando se ha cometido imprudencia ó negligencia. Janka estudia después la cuestión desde el punto de vista de la ley Aquilia, y concluye diciendo: «La defensa es protección contra la injusticia, y por tanto sólo está fundada en tanto que ataca á la injusticia. La defensa se dirige sólo contra el *agresor* injusto. La perturbación del *tercero* en los dos casos citados, no cae dentro del concepto de defensa, sino del concepto del estado de necesidad.» Así cree que debe resolverse el problema, según el art. 53 del Código penal alemán.

De la misma manera opina Stammler, diciendo, que es erróneo creer que contra un ataque ilegítimo sólo puede hablarse siempre de defensa, y nunca

Digitized by Google

de estado de necesidad. Frente al agresor, añade, me hallo siempre, sin duda, en defensa; pero precisamente por el ataque puedo verme en estado de necesidad respecto de un tercero.

Lo propio sostiene Hälschner al afirmar: «En todos los casos, la defensa sólo puede ejercerse *contra el agresor*, y la perturbación causada á *un tercero* inocente en la ejecución de la defensa, sólo podría quedar impune cuando apareciera ejecutada en *estado de necesidad* ó por error excusable.

También Wächter y Binding creen que la defensa sólo puede dirigirse contra el agresor; pero el último no admite la idea de Janka de que los casos de perturbación de un tercero por causa de defensa pertenezcan á la esfera del estado de necesidad. A su juicio, no pertenecen á la defensa ni al estado de necesidad. «Pero si para la defensa es necesaria la perturbación del derecho de una persona distinta del agresor, entonces concurren ciertamente estado de defensa y de necesidad, y la perturbación necesaria es admisible en tanto que es exigida para la defensa.»

Meyer, Merkel, Lisst y Berner entienden asimismo que la defensa sólo debe dirigirse contra el agresor.

Entre los comentadores del Código penal, Rubo y Oppenhof opinan igualmente que la acción defensiva sólo puede enderezarse contra el que ataca, y que á la perturbación causada en estado de defensa contra una persona que no interviene en el ataque sólo puede aplicarse el art. 54, que trata del estado de necesidad.

De lo expuesto resulta que si la opinión común está de acuerdo en que la perturbación de un tercero no cae bajo el concepto de la defensa, no lo está tanto sobre qué otra disposición legal, que no sea la de la defensa, debe aplicarse á dicha perturbación.

Solo dos escritores podemos citar que se opongan directamente á esta opinión común. Puchelt, que dice que, según las circunstancias del caso, se juzga en qué ha de consistir la defensa «por manera, que también puede pertenecer á ella *la perturbación de un tercero*»; y V. Schwarze, que sostiene que «el medio defensivo, según las circunstancias, puede ser dirigido, no sólo contra el agresor, sino *aun contra un tercero*, lesionando el agredido la propiedad, etc., del tercero para protegerse contra el agresor».

Existen, pues, dos opiniones, una frente á otra, en la solución de nuestra cuestión: una que elimina la perturbación de un tercero y de sus derechos del concepto de la defensa, y otra que comprende esta acción del agredido en la prescripción del art. 58. Pero los autores se limitan á exponer la que profesan, sin indicar las razones en que se apoyan para ello, sin duda porque se creen dispensados de hacerlo, á causa de presumir que está dada la fundamentación de su manera de ver en el *concepto y la naturaleza misma de la defensa*. Por consiguiente, si queremos emprender una investigación detenida del problema, tenemos que hacerlo apoyándonos en el desarrollo histó-

Digitized by Google

rico del mismo en la teoría del concepto y de la naturaleza de la defensa.

El Derecho romano contiene preceptos minuciosos para el derecho de defensa; pero, por el contrario, no ha desenvuelto como tal el concepto del estado de necesidad, y apenas pueden señalarse observaciones en las cuales se juzgan penalmente casos que, según el derecho actual, se comprenden bajo el concepto del estado de necesidad. Sobre nuestra cuestión encontramos dos textos importantes: uno, la *ley Cornelia*, que dice: quien se halla en peligro de la vida puede matar impunemente para salvarse, no sólo al agresor, sino á cualquier tercero; y otro, la *ley Aquilia*, que dispone que sólo se puede matar impunemente al agresor, pero no á un tercero. La contradicción en que parecen estar estos dos pasajes desaparece cuando se tiene en cuenta el lugar en que han sido citados: el primero se cita al hablar de los casos que se deben juzgar, según la *ley Cornelia de Siccariis*; el segundo figura en el título *Ad legem Aquiliam*. La solución es, por tanto, la siguiente: quien, para salvar su vida, mata, no al agresor, sino á un tercero inocente, está libre de *pena criminal*, pero no de *pena civil*; es responsable según la *ley Aquilia*.

De la comparación de ambos textos resulta que los romanos no distinguían para la apreciación penal, pero sí para la apreciación civil, si el que obra en defensa ha matado al agresor ó á un *tercero inocente*, por manera que no equiparan, desde el punto de vista del Derecho civil, la defensa y el estado de necesidad. Para la investigación del problema que nos ocupa, podemos sentar el siguiente principio: el Derecho romano, sin haber desenvuelto desde puntos de vista generales el concepto del estado de necesidad, equipara criminalmente la muerte del tercero á la muerte del agresor.

Los escritores italianos, como Aretino, Julio Claro, Dicastillo, aceptan exactamente el mismo punto de vista que el Derecho romano.

Por lo que toca á los cánones penitenciales, el *Civitatense* contiene un pasaje, en el cual se trata evidentemente de un caso en que el agredido no puede salvarse del agresor de otro modo que matando á un tercero, y por ende, de la perturbación de un tercero inocente en defensa, y el penitencial equipara completamente la perturbación del tercero á la perturbación del agresor, declarando en ambos casos no *irregularis* al autor.

El Derecho canónico es cierto que, al tratar del *moderamen inculpatæ tutelæ*, habla sólo expresamente de la perturbación del agresor; pero no hay razón para suponer que juzque la muerte de un tercero en defensa, con un criterio distinto del que lo hace el *Pœnitentiale Civitatense*.

La Ordenanza penal del Emperador Carlos V, llamada generalmente *La Carolina*, comprende principalmente, bajo el concepto de defensa, sólo la perturbación de un tercero; ¿pero con ésto (puesto que no establece reglas generales para el estado de necesidad), quiere excluir del concepto de la defensa y declarar punible la perturbación de un tercero? Creemos que no, y nos fundamos en el art. 145 de la misma, en el cual se dispone que no debe casti-

Digitized by Google

garse á aquel que, para defenderse, emplea la fuerza contra el agresor ó hiere, *contra su voluntad*, á un tercero inocente.

Puede ser cuestionable lo que es menester entender por la frase *contra su voluntad*. Los comentadores de la *Carolina* parecen partir, al menos algunos, de la idea de que *contra su voluntad* significa la no existencia de dolo y que, por tanto, debe quedar sin castigo toda perturbación de un tercero que se realiza para protegerse contra el ataque en defensa. Pero estimamos errónea esta manera de interpretar las palabras *contra su voluntad*.

A nuestro juicio, el art. 145 de la *Carolina* concede la impunidad al autor sólo cuando éste quiere atacar con la acción defensiva al agresor, pero no ataca á éste, sino á un tercero inocente, esto es, sólo para el caso de la *aberratio ictus*. Así opinan también varios comentaristas, como Clasen, Bömer, Zieritz, Blumblacher, Meckbach y otros.

Para nuestro problema resulta, pues, de lo que antecede, que la *Carolina* deja sin castigo la muerte de un tercero en defensa cuando es causada por *aberratio ictus*, juzgando este caso con los criterios de la defensa.

Los Códigos penales para los distintos Estados alemanes de los siglos XVIII y XIX, admiten casi universalmente, en las disposiciones sobre la defensa, sólo la perturbación del agresor, y se callan acerca de cómo se debe juzgar la perturbación de un tercero. Según el *Codex Bavarici Criminalis* de 1751, la *Constitutio Criminalis Theresiana* de 1768, el Código territorial general para los Estados prusianos, el Código penal de Baviera de 1815, el de Oldemburgo de 1814, el de Sajonia Altenburgo de 1841, el de Virtemberg de 1839, el de Hannover de 1840, el de Hese de 1841, el de Nassau de 1849, el de los Estados de Turingia de 1850-51, el de Brunsvique de 1840, nunca puede ser declarada impune la perturbación de un tercero inocente según las reglas sobre la defensa, y sólo puede decretarse la absolución cuando sean aplicables al caso de que se trate los preceptos especiales acaso dictados sobre el *estado de necesidad*.

Una doctrina completamente opuesta sigue el Código penal de Baden de 1845, el cual dispone, que la *perturbación ó muerte de un tercero* no se castiga cuando, para repeler un ataque que envolvía peligro *para la vida* del constituido en defensa, era necesaria ó pudo ser considerado por él como necesaria, dadas las circunstancias del caso. El proyecto del Gobierno iba todavía más allá, porque no sólo permitia la perturbación de un tercero como medio de defensa en un peligro *para la vida* producido por el ataque, sino también en el caso de peligro para otros derechos, como la integridad corporal, el honor, los bienes, etc.

Una doctrina análoga se encuentra en el Código de Baviera de 1861, el cual establece que «quien, para protegerse á sí mismo ó para proteger á otro contra un ataque ilegítimo y violento, ya comenzado ó que amenaza inmediatamente á la persona, posesión ó propiedad, ó contra intrusiones ilegiti-

Digitized by Google

mas en una cosa ó finca, mata ó perturba al *agresor ó intruso, ó ejecuta en general una acción castigada por la ley,* queda impune cuando no ha traspasado culpablemente los límites de la defensa».

Los escritores de los siglos XVII y XVIII se adhieren por completo á la doctrina de los italianos, apoyada sobre los principios del derecho romano, si bien no someten á una investigación general el problema de la perturbación de un tercero en defensa, sino que se limitan al caso de la *aberratio ictus,* tal como lo trata la Carolina. Siguiendo inmediatamente á Julio Claro, resuelve Berlich la cuestión. De la misma manera la resuelve Carpzovio, y Dorn adopta el criterio de la *ley Cornelia.*

En los primeros años del siglo XIX se trata la cuestión ateniéndose á la *Carolina* y á la *ley Aquilia.* Así Rosshirt dice que debe observarse que el constituido en defensa es también excusable cuando perjudica involuntariamente á un inocente, y de análoga manera se expresan Abegg, Feuerbach, Martin y Heffter.

Esta doctrina halló bien pronto oposición por muchos lados y desde puntos de vista distintos. Luden dice: «Cuando en la ejecución de la defensa se perturba á un inocente, porque se desvía el golpe que debía tocar al agresor, esta perturbación, como reconoce expresamente la *Carolina,* debe quedar exenta de toda pena criminal; pero dicha perturbación es, sin embargo, una acción ilegítima, toda vez que el perturbado no ha podido perder su derecho por la acción ilegítima de un tercero. La impunidad de esta perturbación debe fundarse, por tanto, en un fundamento distinto del de la defensa, que no se castiga por la razón de que no constituye acción ilegítima. Esta perturbación, por el contrario, sólo queda impune porque en ella falta otro de los elementos constitutivos del delito, á saber: la determinación criminal de la voluntad, que se requiere para la existencia de todo delito.»

Desde otro punto de vista declara Köstlin que debe resolverse negativamente la cuestión de si uno que se halla en defensa puede sacrificar (perturbar ó matar), al fin de su salvación, á un tercero, y que sólo después puede preguntarse si, en los casos de peligro para la vida, puede quedar impune tal pertubación so pretexto de estado de necesidad, pregunta que se debe contestar por modo afirmativo, según la mayoría de los Códigos más modernos. Esta misma opinión profesan Levita y Schütze.

Seeger adopta una posición intermedia; por manera que tenemos en el campo científico cuatro opiniones distintas:

La primera declara exenta de pena la perturbación de un tercero desde el punto de vista de la defensa.

La segunda admite la impunidad porque no existe voluntad criminal en el autor.

La tercera admite la impugnidad en tanto que son aplicables las reglas sobre el estado de necesidad.

Digitized by Google

La cuarta, por fin, tiene por existente la defensa para el caso de la *aberratio ictus*, mientras que declara impune la perturbación intencional sólo cuando se da el estado de necesidad.

En la ley y en la ciencia, pues, la perturbación de un tercero en defensa se considera, ó como un caso de defensa, ó como un caso del estado de necesidad; para decidir cuál de estas dos concepciones es la verdadera, tenemos que partir de la diferencia esencial que existe entre defensa y estado de necesidad.

Que una persona se encuentre en estado de defensa con arreglo al art. 58 del Código penal alemán, ó en estado de necesidad con arreglo á los artículos 52 y 54, su situación es la misma en el sentido de que puede repeler el peligro para sus derechos por manera que perturbe intereses extraños legalmente protegidos, por manera que cometa una acción en sí misma punible. Ahora bien: ¿de qué manera trata de rechazar el peligro el que se encuentra en él? En la defensa y en el estado de necesidad, de la misma manera, por la perturbación de los intereses jurídicos de otro. Pero esta perturbación puede dirigirse hacia dos lados diferentes; puede dirigirse hacia el lado por el cual amenaza el peligro, contra el ataque, con la voluntad de repeler el ataque por medio de una perturbación, y puede dirigirse hacia el lado opuesto al peligro, con la voluntad, no de rechazar el ataque, sino de salvarse del peligro producido por el ataque mediante la perturbación de los derechos de otro. Pues esta diferencia de dirección es lo que, á nuestro juicio, constituye la diferencia esencial entre la defensa y el estado de necesidad. Yo soy agredido en las lindes de un campo sembrado de trigo; si avanzo hacia el agresor y lo lesiono, cometo una acción defensiva; si retrocedo y busco la salvación en la huida através del campo y pisoteo el trigo, cometo una acción en estado de necesidad. La defensa se caracteriza por la perturbación del agresor; el estado de necesidad por la perturbación de un tercero.

Desde el Derecho romano hasta los Códigos particulares de los Estados alemanes en el siglo XIX han reconocido este principio, declarando impune, en primer lugar, como acción defensiva, siempre la perturbación del agresor. Es verdad que la legislación y la ciencia han admitido también, en segundo lugar, en la defensa la pertubación de un tercero, y han tratado esta perturbación con las reglas de la defensa; pero la perturbación de un tercero nunca fué completamente equiparada en sus efectos jurídicos á la pertubación del agresor; el Derecho romano y la Carolina sólo eximían al autor de la pena criminal, y la perturbación de un tercero á título de defensa, sólo se admitía en el caso de peligro para el *cuerpo ó la vida* del autor, esto es, en el caso en que la permite el derecho vigente, aunque no según las reglas de la defensa.

Desde principios del siglo XIX ha formado el derecho penal alemán, en la legislación y en la ciencia, el concepto del estado de necesidad, declarando

Digitized by Google

impune en general, dentro de límites estrechos, la acción ejecutada para salvarse de un peligro para el cuerpo ó la vida. Pues bien; la consecuencia necesaria de la formación de ese concepto, es la siguiente: antes de la fijación del concepto del estado de necesidad, la pertubación de un tercero podía ser considerada como un caso de la defensa y tratada según las reglas de ésta; pero desde que se ha establecido el concepto del estado de necesidad, la perturbación de un tercero para salvarse del peligro producido por el ataque para cualquier derecho, debe ser considerada como caso del estado de necesidad. La impunidad de la acción sólo debe admitirse, por tanto, cuando la perturbación se comete en los límites del estado de necesidad fijados especialmente por la ley, pero no cuando se comete en los límites de la defensa.

¿Cuál es la posición que toma el Código penal alemán respecto de nuestra cuestión? Al art. 53 dice: «No existe acción punible cuando estaba exigida por la defensa», y define la defensa como «aquella protección que era necesaria para repeler de sí ó de otro una agresión actual ilegítima». El artículo, como se ve, no toma ninguna posición expresa, y hay que interpretarlo. De sus palabras parece deducirse que debe considerarse impune *toda acción* que era necesaria para la defensa, y por tanto, también la perturbación de un tercero, cuando era exigida por la defensa. Pero esta interpretación está contradicha por las palabras del párrafo segundo, que define la defensa diciendo que es aquella protección que es necesaria para repeler *el ataque*. Por tanto, no toda acción que se ejecute para salvarse del peligro producido por el ataque es *acción defensiva*, sino que, por el contrario, es *acción defensiva*, sólo aquella que se dirige contra *el ataque* con el fin de repelerlo.

No hay duda de que una acción defensiva sólo puede dirigirse contra el *agresor*, pero no contra un *tercero;* quien se vuelve contra un tercero, ese no se *defiende*, ese busca protección, salvación del peligro.

La perturbación de un tercero, ¿está excluída siempre del concepto de la defensa, tal como lo formula el Código? En la legislación y en la ciencia, ó se habla sólo de un caso de perturbación de un tercero en defensa, el caso de la *aberratio ictus*, ó se distinguen dos casos: la perturbación no *intencional* y la *intencional*. Pero esta distinción también es estrecha, pues hay que considerar separadamente tres casos diferentes en su esencia:

Primer caso. A. es agredido por B., se defiende contra B. rechazando la agresión, dispara su arma sobre B., y la bala le da á C., no visto por A., que se encontraba cerca.

Segundo caso. A. es agredido por B., se defiende contra B. rechazando la agresión, dispara su arma sobre B. Pero él ve que C. está inmediatamente detrás de B. y sabe que, por la gran fuerza de la bala, será perturbado seguramente C. por el disparo. Y, en efecto, B. y C. mueren.

Tercer caso. A. es agredido por B. Para salvarse del peligro producido por la agresión, A. trata de huir por la escalera y arroja por ella á C., que le

Digitized by Google

estorba el camino, para hacer posible la huida. C. recibe una perturbación mortal.

Estos tres casos no se pueden juzgar de la misma manera. En el primero, A. acomete una acción defensiva, y con ella perturba al tercero. La perturbación del tercero es aquí acción defensiva, y cae, por tanto, bajo el concepto *de la defensa*, tal como lo da el Código alemán. En el segundo caso, A. acomete una acción defensiva, prevé que la bala atravesará también á C., y sin embargo ejecuta la acción, puesto que era necesario para repeler la agresión. Aquí la muerte intencional del tercero queda impune, también desde el punto de vista de la defensa, porque es acción necesariamente defensiva. En el tercer caso, la situación cambia: A. renuncia á la defensa, no trata de repeler el el ataque, sino de salvarse del peligro. A este fin derriba á C. por la escalera; la acción no es defensa, sino estado de necesidad.

De lo expuesto se desprende, para la resolución de nuestro problema desde el punto de vista del Código, el siguiente resultado: la perturbación de un tercero en defensa debe considerarse como caso de la defensa, cuando la acción por la cual fué realizada, se dirigió *contra el agresor*. Si no se dirigió contra el agresor, existe un caso de estado *de necesidad*.

La importancia de esta distinción resulta de la diferencia de los límites dentro de los cuales concede la ley la impunidad en la defensa y en el estado de necesidad, pues son mucho más estrechos en este último.

Creemos, pues, que, en los límites indicados, la perturbación de tercero, según la definición que el Código da de la defensa, debe considerarse como un caso de ésta; pero opinamos al propio tiempo que esta definición no responde completamente á la naturaleza de la defensa, puesto que á este responde que sólo sea considerada impune, desde el punto de vista de la defensa, la acción defensiva en toda su extensión: como acción defensiva en sentido estricto, sólo debería considerarse la perturbación del *agresor*. Un cambio de esta especie, en nuestro concepto, de la defensa exigiría un cambio análogo en el concepto del estado de necesidad, ensanchándolo por un lado, para hacerlo aplicable á la protección de toda clase de derechos, y restringiéndolo por otro, por la fijación de reglas, según la relación de cada uno de los intereses en conflicto.

***

De la retroactividad de las reglas jurídicas en derecho internacional, por *L. Olivi*, profesor en Módena. (*Revue de droit international et de législation comparée*, tomo 24, núm. 6.º, págs. 553-569.)

Las reglas del Derecho internacional están sujetas á cambios y transformaciones por las mismas causas que las leyes particulares de los distintos Estados, y de aquí que también, respecto de aquellas, surja el problema de

Digitized by Google

determinar su eficacia por razón del tiempo en que rigen. Si todos los efectos y todas las consecuencias de una ley pudieran terminar completamente durante la vigencia de esa ley, no surgiría ninguna cuestión de derecho transitorio; pero es claro que no sucede así, porque hay muchos vínculos de derecho que nacen bajo el imperio de la ley anterior y que producen sus efectos ó los prolongan en un tiempo en que la ley nueva ha entrado ya en actividad, y además, hay que tener en cuenta la posibilidad de ciertas acciones bajo la ley anterior, que desconoce ó limita la ley nueva. En estos casos se presenta una multitud de cuestiones, y conviene exponer las reglas para su resolución, que no son otras que las aplicables á los conflictos análogos que nacen en el interior de cada Estado.

Cuando los Estados no están ligados entre sí sino por los vínculos generales de la sociedad internacional y se encuentran unos frente á otros en un perfecto pie de igualdad, no reconocen por encima de ellos ningún legislador que pueda dictar la ley, y el derecho se manifiesta entonces por medio del consentimiento mutuo de los Estados, expresado por modo tácito ó expreso; en el primer caso, tenemos las costumbres, y en el segundo, los tratados internacionales, de los cuales nos vamos á ocupar particularmente.

Conviene distinguir aquí entre el derecho necesario y el derecho voluntario. Constituyen el primero aquel conjunto de reglas que no aguardan, para su aplicación, la manifestación de la voluntad de los Estados, que acompañan á la sociedad internacional desde su aparición y que forman el derecho natural y universal de ésta sociedad, el cual no puede ser derogado por ninguna ley ó convención. No cabe, pues, aquí distinguir entre una regla anterior y una regla posterior; los preceptos de este derecho son inmutables en el tiempo y en el espacio, y no puede hablarse en él de retroactividad ó de no retroactividad de tal ó cual máxima; el conflicto no puede presentarse lógicamente nunca. Tales son las reglas sobre la libertad del hombre, sobre el respeto debido á los Estados ó á sus representantes.

Puede ocurrir que los principios de este derecho natural no fuesen reconocidos, en momento dado, por los Estados en tal ó cual punto, y que después alcanzasen este reconocimiento. En este caso, el derecho positivo nuevo tiene efecto retroactivo, como si hubiera existido siempre, porque no se puede admitir más que un derecho natural verdadero, que estaba desconocido por los antiguos errores y usos. La retroactividad es, pues, indispensable en esta hipótesis y no admite ninguna excepción. Si un tratado deroga la esclavitud y el transporte de esclavos de un país á otro, debe ser aplicado *de jure* desde el momento mismo en que entra en vigor, á todos los actos y contratos que se hubieran celebrado anteriormente, sin que puedan aducirse en contra los derechos adquiridos. Si una convención internacional deroga las presas marítimas, como consecuencia natural de la inviolabilidad de la propiedad, debe aplicarse retroactivamente á las presas realizadas con anterioridad por un

Digitized by Google

beligerante sobre otro, siempre que los Tribunales de presas no hayan resuelto definitivamente sobre su validez. Podríamos formular, como resultado de lo que antecede, la regla general siguiente: todas las novedades introducidas en los tratados ó convenciones entre Estados como reconocimiento de las reglas superiores de derecho natural, deben obrar siempre retroactivamente, destruyendo el estado de cosas anterior, resultado del pasado y que constituye por sí mismo una violación manifiesta de este mismo derecho. Esta regla se aplica en todo su rigor cuando la situación *nunca* podría conformarse al derecho: de lo contrario, deberían tenerse ciertas consideraciones y miramientos para una situación legalmente adquirida.

Muy otra cosa ocurre con los preceptos del derecho voluntario, esto es, del derecho que no hubiera surgido si la voluntad de los Estados no le hubiera dado impulso, realizando hechos particulares que tendían á la creación de una situación determinada. Con respecto de este derecho se puede presentar la necesidad ó la conveniencia jurídica de reconocer y aplicar la máxima de que las leyes sólo se hacen para los casos futuros, que no deben tener ningún efecto retroactivo, que deben respetar los derechos adquiridos bajo el imperio de las leyes anteriores. Si se trata, por ejemplo, de una convención consular celebrada entre varios Estados, por la cual modifican la situación precedentemente establecida acerca de los derechos y deberes de los cónsules hacia sus nacionales, ninguno de éstos podría invocar, después de haber entrado en vigor el nuevo tratado, una convención anterior para deducir de ella ciertos derechos, por ejemplo, para ejecutar ciertos actos válidos en justicia, sin la autorización del cónsul. Pero si los actos ó formalidades conformes á la ley anterior, habían sido realizados bajo el imperio de ésta, no podrían ser anulados en virtud de reglas nuevas, porque existiría allí un verdadero derecho adquirido, que debe ser respetado. Esta debe ser la regla general, que podrá sufrir, sin embargo, importantes excepciones cuando lo exijan razones graves y los Estados convengan expresamente sobre ello.

Así, podría ocurrir que un Estado semisoberano adquiriese la plena soberanía. Si este Estado ha realizado, en una época en que estaba colocado todavía bajo la soberanía de otro Estado, ciertos actos que no podía realizar válidamente sin el permiso ó el consentimiento de éste, que no lo había dado, esos actos irregulares no adquirirán fuerza jurídica por la entrada en vigor de las nuevas reglas, sino que seguirán siendo nulos. En el caso contrario, suponiendo una restricción introducida en la capacidad jurídica de un Estado cualquiera y respecto de ciertas obligaciones referentes á una clase especial de negocios, el Estado afectado por la incapacidad no podrá nunca apoyarse sobre su situación jurídica anterior para ejecutar los actos para los cuales se había hecho incapaz por virtud de las reglas nuevas. Lo mismo ocurrirá respecto de los tratados postales, telegráficos y otros análogos concernientes á los intereses sociales, comunes á muchos Estados.

Digitized by Google

Por lo que respecta á la extradición, hay que distinguir, la institución en sí misma considerada, que es de derecho necesario, y las formas que deben seguirse en su aplicación, la serie de delitos para los cuales debe admitirse ó negarse, la clase de las personas que han de ser objeto de ella, etc., que son circunstancias sujetas á variaciones y señaladas en los tratados de extradición. Acerca de esta materia se ha dicho que deben regir los principios del derecho transitorio en asuntos penales, porque lo accesorio debe ser la suerte de lo principal, y por tanto, la extradición la suerte del derecho penal, del cual es sólo un medio de realización. Si se ha celebrado entre los Estados un nuevo tratado de extradición, en el cual se establece la obligación de entregar á los autores de ciertos delitos no comprendidos en el anterior, no se debe, según esta opinión, aplicar el tratado nuevo á los autores de estos delitos, porque la ley penal posterior más severa no tiene efecto retroactivo. Cuando el delincuente cometió su delito, cayó en el mismo instante bajo el imperio del derecho existente, no sólo con relación al derecho nacional ó territorial, sino también con relación al derecho internacional y á lo que concierne á la extradición, por lo cual, si en aquella época ésta no era posible, no lo podrá ser en la porvenir, puesto que se empeoraría la condición personal del culpable.

Otros opinan que es erróneo considerar la extradición como cosa accesoria al derecho penal y que deba seguir la suerte de éste, estimándola más bien como parte de las leyes de procedimiento, puesto que, como éstas, sirve para facilitar la ejecución de la ley punitiva. Partiendo de esta base, sostienen que, así como cuando sufren variaciones las leyes de procedimiento criminal, las reglas nuevas se aplican á todos los delitos cometidos de antemano, sin distinguir si mejoran ó empeoran la condición del culpable, así los nuevos tratados de extradición deben aplicarse á todos los delitos incluídos en ellos, cualquiera que sea el tiempo en que se hayan cometido.

Esta opinión es admisible, por lo que toca á las formalidades para la entrega del culpable, debiéndose observar siempre las establecidas por el tratado vigente, independientemente de la época de la perpetración del delito ó de la publicación de la sentencia que sirve de base para pedir la extradición, si bien para simplificar el sistema no sería contrario á ningún principio establecer la observancia del tratado anterior para los asuntos ya en curso de tramitación antes de empezar á regir el nuevo. Pero la opinión de que tratamos no parece admisible por lo que respecta á los otros extremos de un tratado de extradición, á saber, los delitos por qué ésta puede tener lugar y las personas extranjeras ó nacionales que pueden ser objeto de entrega, pues aquí ya no puede sostenerse la existencia de un cierto paralelismo y semejanza entre las leyes de procedimiento y los tratados de extradición. El obstáculo que para la aplicación de las leyes penales de un Estado crea la falta de tratado de extradición con aquel otro Estado en que el criminal se refu-

Digitized by Google

gia, puede compararse más exactamente, en cuanto á las consecuencias, con el obstáculo que crea para la aplicación de dichas leyes dentro del Estado la prescripción de la acción penal, puesto que se trata de una especie de esta prescripción en el espacio y por razón del lugar, así como la verdadera prescripción se funda en la razón del tiempo. A una y otra clase de prescripción deben aplicarse, por tanto, los mismos principios de derecho transitorio, y en este supuesto, no se debe conceder la extradición por aquellos delitos ó de aquellas personas comprendidas en el nuevo tratado, pero no incluídos en el antiguo, que regía en el momento de la comisión de la acción punible.

Lo que acabamos de decir sobre la extradición, se aplica á todos los casos en que son objeto de tratados internacionales, la materia de la justicia penal, como, por ejemplo, el castigo de los crímenes de piratería ó de la trata, etc., y todas las materias que implican una restricción de la libertad ó de los derechos de un Estado ó de un particular, como el contrabando de guerra.

*
* *

Si una sociedad mercantil puede ceder su nombre á otros, por *H. Vidari*. (*I Diritto commerciale, Rivista periodica e critica di giurisprudenza e legislazione*, tomo 11, núm. 1.º, págs. 23-27).

Una sociedad mercantil legalmente constituída forma un ente colectivo que tiene existencia jurídica distinta de la de sus socios, un ente jurídico capaz de derechos y obligaciones respecto de terceros, de adquirir, de enajenar, etc. Pero esta capacidad jurídica de las sociedades existe en tanto que existen las sociedades, y desaparece con la disolución de éstas, á diferencia de lo que pasa con las personas físicas, que viven jurídicamente después de su muerte y pueden transmitir por herencia su patrimonio y todos sus derechos y acciones.

Las razones de esta diferencia son: primera, que las personas físicas son realidades físicas, materiales, orgánicas, mientras que las sociedades mercantiles son una creación de la voluntad del hombre y de la ley, que les dan existencia jurídica artificial, haciéndolas capaces de derechos y obligaciones sólo en tanto que los contrayentes y la ley quieren, por lo cual, cuando la voluntad cesa, la creación jurídica desaparece; segunda, que, extinguida una sociedad, no hay quien continúe su existencia jurídica y la represente respecto de terceros, por lo cual no puede pretender sobrevivirse á sí misma, ni querer que lo que constituye su personalidad jurídica durante su vida, siga produciendo efectos jurídicos después de su muerte; tercera, que las sociedades mueren también ficticiamente, como viven, por lo cual no pueden tener herederos *mortis causa*, ni transmitir por herencia todo ó parte de su patrimonio.

Por virtud de esta diferencia, lo que es posible jurídicamente para los in-

Digitized by Google

dividuos, no lo es para las sociedades mercantiles, y éstas no pueden disponer de su patrimonio para después de su disolución, y menos aún de su nombre.

El nombre es cosa esencialmente personal y nadie puede sustituir su nombre con otro, y menos todavía cuando se trata de sociedades comerciales, sobre todo de carácter colectivo ó comanditario, en las cuales tiene una gran importancia la consideración de las personas de los socios El nombre de estas sociedades es algo artificial, ficticio, creado por el contrato ó por la ley, como el ente á quien denominan, y tiene razón de existir sólo en tanto que continúe viviendo éste, pues de lo contrario, sería un nombre vano sin objeto, una sombra sin cuerpo, un símbolo sin la cosa simbolizada.

Las sociedades mercantiles no pueden transmitir su nombre: por contrato, porque los nombres no son materia de contrato, y por herencia, porque no pueden disponer por testamento, ni de su patrimonio, ni menos de su nombre.

Extinguida una sociedad, queda extinguido su nombre, y no es posible que le sobreviva y pase á otra persona completamente distinta de aquella á quien la aplicó el contrato ó la ley, imposibilidad que sube de punto cuando se trata de que el nombre de una sociedad pase á una persona individual.

Cosa distinta del nombre propio de una sociedad es el nombre del establecimiento, de la industria que se ejercita, y éste sí puede cederse por contrato, como cualquiera otra parte del patrimonio de la sociedad.

***

Sobre los poderes de las comisiones políticas de información en Inglaterra, por *E. Fromageot (Bulletin mensuel de la Société de Legislacion comparée,* año 24, núm. 2.º, págs. 165-192).

La costumbre de nombrar comisiones de información es muy antigua en Inglaterra, y los precedentes se remontan á los reinados de Eduardo II y Eduardo III. A los precedentes hay que acudir para estudiar la organización y los poderes de estas comisiones, y á los estatutos de 1858 y 1871 sobre el poder de pedir juramento, y de 1892 sobre la protección de los testigos.

Comisiones políticas encargadas de hacer informaciones.—Hay muchas clases de comisiones políticas. Existen, en primer lugar, las *Royal Comissions* y las *Parliamentary Committees*, las primeras nombradas por el monarca, y las segundas por una de las dos Cámaras entre individuos de su seno. Las comisiones reales ven á veces reforzada su autoridad por un Estatuto, y entonces se convierten en *statutory commissions*. Pueden formarse también comisiones con miembros de las dos Cámaras, y entonces se las llama *joint committees of both Houses*. En segundo lugar, hay comisiones permanentes, *standing committees*, *permanent commissions*, y comisiones temporales, *temporary commissions*. Por fin,

Digitized by Google

entre las comisiones parlamentarias las hay de varias especies: comisiones de toda la Camara, *(committees of the whole House of Lords ú of Commons)*, que son la Cámara entera constituida en comisión, y comisiones parciales ó elegidos *(select committees of the House of Lords ú of Commons)*. Las cuestiones confiadas á estas diversas clases de comisiones son muy diferentes entre sí.

Las comisiones encargadas de hacer informaciones son casi siempre temporales, ora reales, ora parlamentarias. A veces la información misma es el fin principal de la comisión, á veces la información es sólo un accesorio y la comisión tiene por objeto el estudio de una reforma, un proyecto de ley ó una situación. Todas las comisiones políticas pueden recibir el encargo de hacer informaciones, ora *políticas* ó *judiciales*, ora *administrativas*, ora *económicas*. Sólo á las comisiones de toda la Cámara no se les encargan ya hoy.

Los poderes de que gozan estas comisiones para proceder á la información son diferentes, según que se trata de comisiones reales ó de comisiones parlamentarias.

Poderes de las comisiones reales.—Estas necesitan á veces la intervención del Parlamento, y nunca pueden entrometerse en las atribuciones del Poder ejecutivo, porque esto sería ilegal y anticonstitucional. El decreto del Monarca que crea estas comisiones menciona los medios de información y los poderes de que disponen. Pueden *invitar* á las personas competentes á que informen ante ellas; pueden recibir su información escrita y comprobar sus afirmaciones; pueden *rogar* que se les comuniquen documentos interesantes, pero no pueden cohibir á los testigos á que comparezcan ó declaren, ni exigir que se les comuniquen los documentos, ni pedir juramento. Estos poderes no puede dárselos la Corona por virtud de su sola prerrogativa. Están siempre bajo la alta vigilancia del Parlamento, que puede interpelarlas. Este mismo, ya desde el principio de su creación, ya en el curso de sus trabajos, puede conferir á las comisiones reales los poderes que hemos visto no puede otorgarles la Corona, y ampliar la esfera para que han sido creadas.

Poderes de las comisiones parlamentarias.—Como en Inglaterra el Parlamento es soberano, puede conferir á sus comisiones todos los poderes que quiera, á diferencia de lo que pasa en los Estados Unidos, donde, no teniendo las Cámaras sino un poder limitado para legislar de acuerdo con la Constitución, no pueden conferir á las comisiones poderes anticonstitucionales, y se ha visto más de una vez al Tribunal Supremo de aquella nación declarar sin fuerza de obligar una ley que concedía á tal ó cual comisión poderes no consentidos por la Constitución. Sin embargo, en Inglaterra el Parlamento cuida siempre de fijar con exactitud el campo de operaciones de sus comisiones, y éstas no pueden salirse de la cuestión que les ha sido sometida.

En cuanto á los medios de información de que disponen, la costumbre parece ser la de conferirlos más extensos á las comisiones de la Cámara de los Comunes que á las de los Lores.

Digitized by Google

Las comisiones de la Cámara de Los Lores no disponen por sí mismas é *ipso jure* del derecho de citar á los testigos ni de ordenar la presentación de documentos, si bien la Cámara puede concederles este poder. Cuando no lo hace, sólo pueden *invitar* á los testigos á que vengan á declarar. Desde 1858, el Presidente de la Comisión tiene el poder de exigir el juramento, pero no se abusa de este poder, y se exige únicamente en las informaciones muy graves. El testigo debe declarar, conforme á la verdad, y toda falsedad que cometa se castiga con las penas del falso testimonio y del perjurio, y toda prevaricación se considera como una ofensa al Parlamento.

La Cámara de los Comunes, por el contrario, reconoce á sus comisiones el poder de *requerir* los testigos, los documentos y los registros, y les concede un poder de coacción. Al testigo que no comparece, la Cámara misma puede aplicarle una represión ú otra pena y mandarle prender. Hasta 1871, ni la Cámara de los Comunes ni sus comisiones tenían poder para exigir juramento; pero en esa fecha se les concedió por una ley. Todo acto que ataque á la comisión, que la ofenda, se reputa ofensa á la Cámara misma, ataque á su privilegio, y se castiga como tal. La Cámara aplica este principio primeramente á las deposiciones falsas que las comisiones les denuncian, y las castiga con mucha severidad. Lo propio hace con la corrupción de testigos, y hasta el año pasado, esa misma costumbre se invocaba para proteger á los testigos contra las consecuencias que puede acarrear su declaración; pero en ese año, con motivo de un testigo que fué perjudicado por lo que había declarado ante una comisión, se dictó una ley que conmina, á quien tal cosa haga, con una pena de 100 libras ó de tres meses de prisión como máximum. También se castiga á quien se niega á presentar los documentos que las comisiones piden.

La acción contra el fictus possessor en el derecho civil romano é italiano, por *F. Longo (Archivio giuridico,* tomo 49, núms. 4-5, páginas 289-368).

La acción reivindicatoria, como real, sólo puede ejercerse contra el actual poseedor de la cosa; pero cabe investigar qué derechos corresponden al propietario contra el poseedor que deja de poseer la cosa por un acto propio, y contra quien se finge poseedor, que son las dos figuras jurídicas de lo que se llamaba en derecho romano la *ficta possessio*, y qué efectos produce contra terceros la sentencia obtenida contra el *fictus possesor*.

La acción contra quien deja de poseer por acto propio. La justicia exige que el demandado responda de todo acto suyo que tienda á esquivar el cumplimiento de las obligaciones que puedan serle impuestas por la sentencia, y la

Digitized by Google

legislación romana lo había logrado respecto al dolo posterior á la *litis contestatio*, ora por la *clausola doli* comprendida en la *cautio judicatum solvi*, ora por el principio del *judicium aceptum*.

Respecto del dolo anterior á la *litis contestatio*, un senado-consulto, publicado bajo Adriano y conocido con el nombre de *Juventianum*, estableció, para la *hereditatis petitio*, y después se extendió á la *rei vindicatio*, una *fictio juris*, merced á la cual se consideraba que continuaba la posesión en quien, antes ó después de la *litis contestatio*, se había desprendido de ella dolosamente.

Esta ficción se aplicaba también á quien había dejado de poseer por simple culpa, pero no *ex necesitate*, y el *fictus possessor* respondía, no solo cuando la cosa había sido destruída ó enajenada, sino cuando había dejado de poseerla en la especie en que podía ser reivindicada.

El poseedor de mala fe no podía esquivar la condena abandonando la cosa, porque siempre quedaba obligado hacia el propietario por su hecho ilícito.

El *fictus possessor* es considerado como un verdadero poseedor, pero como no posee ya la cosa, no tiene la *facultas restituendi*; y por tanto no puede ser condenado más que á la *æstimatio litis*. Según Ulpiano, el *fictus possessor* que ha dejado de poseer dolosamente es condenado *quanti actor in litem æstimandam juraverit*, añadiendo aún *sine ulla taxatione in infinitum*; pero el mismo Ulpiano y Marciano afirman que el juez, al diferir el juramento, podía determinar un *máximum*. Cuando el demandado había cesado en la posesión por culpa solamente, la *æstimatio litis* se determinaba por el Juez. El actor podía renunciar siempre á su derecho de *jurejurandum in litem*.

Cuando la cosa había sido destruída ó especificada de mala fe, la condena era idéntica á la que se hubiera pronunciado contra el actual poseedor. Si la cosa existía en manos de un tercero y era capaz de reivindicación, el actor podía obrar contra el *verus* ó contra el *fictus possessor*; pero, si después de la demanda contra el exposeedor, se presentaba el poseedor actual y declaraba estar dispuesto á sostener el pleito, el actor estaba obligado á seguirlo con él. Si el propietario obtenía del actual poseedor la restitución íntegra de la cosa *cum omni causa*, el *fictus possessor* quedaba libre: si el tercer poseedor no realizaba una restitución completa, el *fictus possessor* quedaba siempre responsable y podía ser demandado.

Parece resultar claramente de las fuentes que el propietario que había obrado primero contra el *fictus possessor* y recibido de él la *æstimatio litis*, podía obrar después contra quien poseía la cosa, por más de que muchos romanistas antiguos y modernos nieguen la posibilidad de la acumulación de estas dos acciones.

Los que no admiten la acumulación de las dos acciones, consideran la que se dirige contra el *fictus possessor* idéntica por naturaleza y objeto á la que se dirige contra el verdadero poseedor, esto es, como una *actio in rem*

Digitized by Google

verdadera y propia, pero esta opinión encuentra un obstáculo insuperable en muchos textos, de los cuales resulta claro que la acción contra el poseedor fingido tenía en el derecho romano un carácter penal, y que, según las normas propias de la *actio ex delicto*, no podía ejercitarse contra los herederos, sino como una *actio de in rem verso*. Tenía, por tanto, solamente la forma procesal de la *actio in rem*, pero no era en el fondo más que una acción personal *ex delicto*.

La mayor parte de los romanistas antiguos y modernos, como Cujas, Noodt, Averani, Lauterbach, Glück, Vangerow, Windscheid, Maynz, consideran la *æstimatio* prestada por el *fictus possessor* como *pœna doli;* pero parece más aceptable la opinión de Labbé que la considera como una indemnización y no como una multa, que no representa la pérdida definitiva de la cosa, sino el temor, la posibilidad de no volverla á encontrar y recobrar.

La acción contra el poseedor fingido, que era una *actio in personam ex delicto*, tenía en el Derecho romano la forma de una *actio in rem* para evitar los inconvenientes de las acciones personales de dolo ó de hurto que podían ejercitarse, las cuales exigían pruebas más difíciles que la *actio in rem*, en la cual bastaba demostrar solamente que el *fictus possessor* había poseído la cosa en una época cualquiera.

Cuando el que había dejado de poseer lo había hecho por simple culpa y con buena fe, era responsable hacia el propietario de la cosa solo *in quantum locupletior factus sit*, y no podía admitirse la acumulación de las dos acciones de que hemos hablado. Las leyes romanas concedían al propietario en este caso dos acciones; la *condictio sine causa*, que tomaba el nombre de *condictio Juventiana*, y la *actio negetiorum gestorum*.

En el derecho intermedio no se encuentra la *fictio juris* del Senado-consulto *Juventianum*, pero se castigaba la *alienatio judici mutandi causa*, y en general la enajenación realizada dolosamente *ante litem motam*, ó en el curso del juicio, y la acción se dirigía, no sólo al resarcimiento de los daños sufridos, sino que además se concedía al perjudicado y al Fisco la consecución de una pena pecuniaria que tenía que pagar el perjudicante por causa de su dolo.

El Código napoleónico guarda silencio sobre el *fictus possessor*, pero los escritores franceses aceptan en general la teoría romana. El Código austriaco fué el primero que codificó la hipótesis del que deja de poseer después de la demanda judicial, y el Código albertino reprodujo sus disposiciones, del cual han pasado íntegramente al Código civil italiano vigente, en el art. 439.

Según dicho artículo, la acción reivindicatoria debe ejercitarse contra quien posee la cosa y tiene por ende la *facultas restituendi*; pero el propietario no está obligado á buscar el poseedor legítimo cuando le faltan medios legales y ciertos, y puede dirigirse contra el arrendatario ú otros detentadores. Cuando el poseedor deja de serlo después de la demanda, se realiza la ficción romana en el sentido de que la reivindicación puede ser *proseguida* contra él,

Digitized by Google

lo cual es justo, porque no puede ser obligado el actor á cambiar su demanda por hechos del demandado. El Código italiano no prevé la hipótesis de la pérdida de la posesión *ante litem motam*, y en tal caso no puede tener lugar la *fictio juris* romana.

La acción contra el poseedor fingido parece personal más bien que real, pues aunque se ejerce como acción reivindicatoria, la obligación de recobrar la cosa consiste *in faciendo* y no *in dando*, y es consecuencia, no de la posesión, sino del hecho ilícito lesivo del derecho ajeno. Esta acción tiene una figura jurídica propia y se diferencia en muchos respectos de la acción de daños, principalmente por el contenido jurídico y la prueba, siendo errónea la opinión de los que la consideran inútil existiendo la *acción Pauliana*.

Para poder ejercitar esta acción, el Código requiere, en primer lugar, que el poseedor ó detentador haya dejado de poseer después de habérsele notificado la demanda judicial. Por tanto, si alguno ha dejado de poseer antes de la demanda judicial, aunque lo haya hecho fraudulentamente, no puede ejercitarse *rite et recte* contra él la acción reivindicatoria. Este caso debe regirse por el principio general sancionado por el art. 1151, que obliga á quien causa daño injustamente á resarcirlo. Si se tratara de un poseedor de buena fe, no podría demandársele sino con la *actio de in rem verso* y sólo cuando no pueda ejercitarse la reivindicación contra el poseedor actual. Cuando la pérdida de la posesión *ante litem motam* no depende de un hecho voluntario imputable al dolo ó á la culpa de su autor, sino que ha tenido lugar *ex necessitate*, como, por ejemplo, por expropiación forzosa, ni aun el poseedor de mala fe puede estar obligado á otra cosa que á la devolución del precio recibido, y si no lo ha recibido, puede librarse cediendo al propietario las acciones para conseguirlo.

El Código requiere, en segundo lugar, que el poseedor ó detentador haya dejado de poseer por *hecho propio*, que puede ser positivo ó negativo, sin que el Código distinga entre culpa y dolo. Si el demandado ha dejado de poseer por *hecho ajeno*, el juicio no puede continuar, hecha excepción del caso de la expropiación forzosa, en el cual el demandado queda obligado, según los principios relativos á la *alienatio ex necessitate*

Respecto al caso de pérdida de la posesión por caso fortuito ó fuerza mayor, podría admitirse la distinción romana entre el *malæ fidei* y el *bonæ fidei possessor*, resolviendo que el primero está siempre constituido en mora, mientras que el segundo no lo está ni aun después de la demanda judicial, por lo cual aquél debe responder de la cosa al actor, mientras que éste no.

El contenido jurídico de esta acción, según el Código italiano, es la readquisición de la cosa, y á falta de ella, el resarcimiento de su valor. La readquisición de la cosa por el ex poseedor á sus expensas, constituye cuasi una multa impuesta á quien deja de poseer después de la demanda judicial, porque no podrá adquirirla, por lo general, con la simple restitución del precio.

El valor que debe devolverse, en caso de imposibilidad de readquisición,

Digitized by Google

es el valor justo, con los daños, cuando haya lugar, y podrá determinarse con todos los medios de prueba admitidos por el Código civil, inclùso con el *jusjurandum in litem æstimatorium,* aunque sólo cuando no pueda probarse de otro modo.

Cuando la cosa ha pasado sucesivamente por las manos de muchos poseedores de mala fe, todos son responsables solidariamente hacia el propietario.

La acción de que tratamos puede ejercitarse también contra los herederos del poseedor fingido, porque, aunque el dolo sea personal, sus consecuencias patrimoniales se transmiten á los herederos.

El propietario reivindicante tiene, según el Código italiano, el derecho de obrar contra quien dejó de poseer ó contra el tercero á quien pasó la cosa; pero nunca puede acumular las dos acciones, como en Derecho romano, aunque sí ejercitarlas *sucesivamente* cuando el resultado de una de ellas haya sido infructuoso ó parcial.

La *interitus rei* por caso fortuito no libra al *fictus possessor,* porque, estando obligado por un hecho ilícito, está constituído en mora de pleno derecho y responde de la pérdida fortuita de la cosa.

La obligación de recobrar la cosa, y no pudiendo hacerlo, de restituir su valor, sólo puede prescribirse por treinta años, porque se trata de prescripción extentiva. El tercero, que recibe del *fictus possessor,* puede prescribir por diez años, si tiene buena fe y justo título, y en este caso, sobreviviría á la acción reivindicatoria la acción para el resarcimiento contra el poseedor fingido.

La acción de petición de herencia, como real, no puede ejercitarse, según el art. 439, sino contra el actual poseedor ó detentador, y sólo por excepción puede proseguirse contra quien ha enajenado después de la notificación de la demanda judicial.

La acción contra quien se finge poseedor.—Otra excepción del principio de que la reivindicación se ejercita sólo contra el poseedor de la cosa, se encuentra, en el Derecho romano, en el caso del *qui liti se obtulit.* Para que exista la figura jurídica del *liti se offerns,* del demandado voluntario, es menester que alguno, para alejar la reivindicación contra el verdadero poseedor, sostenga el litigio *sne causa,* sin poseer actualmente ni haber poseído nunca la cosa. Este caso se regía también por el principio, *dolus pro possessione est.;* y si el demandado, después de haber sostenido el litigio, quería demostrar que nunca había sido poseedor, podía ser rechazado por una *replicatio doli.*

Tampoco aquí se trata más que de una simple acción personal revestida de la forma procesal de la *actio in rem* para conseguir un fin difícil ó imposible de conseguir por los medios ordinarios.

Para que el *qui liti se obtulit* fuere responsable hacia el actor, se requería el daño causado directamente por su dolosa afirmación, la ignorancia, el engaño por parte del actor, y que el hecho ocurriera después de la *litis contestatio.*

Digitized by Google

El demandado debía ser condenado, según el principio general *condemnandus quan posideret*, proporcionándose la condena al interés del actor y pudiendo extenderse á veces hasta el valor de la cosa.

La prestación de la *æstimatio litis* por parte del *fictus possessor, qui liti se obtulit* no extinguía el derecho de propiedad en el actor, el cual podía acumular las dos acciones. La acción, en este caso, como en el anterior, era una *actio in personam ex delicto*, carácter que conservó en el derecho intermedio.

El Código civil italiano no contiene disposición alguna sobre el *liti se offerens;* pero de seguro no podría aplicarse la doctrina romana, porque, de una parte, se entiende que el actor no debe desconocer á su contradictor legítimo antes de empezar el pleito, y de otra, admitido el dolo del demandadado en sostener un litigio *sine causa*, el demandante podría invocar siempre el principio general del art. 1151, en su relación con el art. 370 de la Ley de procedimiento civil, que admite la condena en daños cuando se trata de pleitos temerarios.

Si la sentencia contra QUI DOLO DESIIT POSSIDERE *causa estado también contra el tercer poseedor que no ha intervenido en el juicio.* Todas las legislaciones han aceptado la máxima romana: *res judicata pro veritate habetur*, que es el fundamento jurídico de la excepción de cosa juzgada; pero esta excepción sólo puede alegarse cuando *inter eadem personas eadem quæstio revocatur*, esto es, cuando concurren los requisitos de la identidad objetiva y subjetiva, por lo cual es una limitación de ella la otra máxima: *res inter alios judicata aliis non nocet nec prodest*, justificada por el respeto al sagrado derecho de defensa.

El derecho germánico y el canónico extendieron la eficacia de la sentencia, atribuyéndole valor contra terceros; pero la Ordenanza francesa de Villers-Cotterets de 1539, la de Moulins de 1566 y las legislaciones modernas han protegido los derechos de éstos, concediéndoles, además de la *exaptio* de la *res inter alios judicata*, el recuso de oponerse contra toda sentencia extraña á ellos que pueda perjudicarles.

La identidad subjetiva de las partes, que exige el ejercicio de la *exceptio rei judicatæ*, es la identidad *jurídica*, no la identidad *física*, por lo cual no ofrece duda que la sentencia dictada contra el difunto causa estado contra sus sucesores á título universal; pero respecto de los sucesores á título singular, es menester que concurran dos condiciones: 1.ª, que exista una *successio in dominium*; 2.ª, que la sentencia se refiera al derecho que el *causam habens* *expersona auctoris habuit*, y además, hay que distinguir según que la sentencia obtenida contra el *causam dans* favorezca ó perjudique á su *causan habens*. La sentencia dictada en favor del *causam dans* aprovecha siempre á su *causam habens*, independientemente de que la trasmisión del derecho haya ocurrido *antes ó después* de la *sentencia;* la sentencia dictada contra el *causam dans* no causa siempre estado contra el *causam habens*, sino que hay que tener en

Digitized by Google

cuenta el momento en que se ha transmitido el derecho, distinguiendo estas tres hipótesis: 1.ª, *causam habens* con título anterior al principio del juicio; 2.ª, *causam habens* con título anterior á la sentencia y pendiente el juicio; 3.ª, *causam habens* con título posterior á la sentencia, y siendo de advertir que los mismos principios se aplican cuando se trata de cosas muebles que cuando se trata de cosas inmuebles.

Cuando la transmisión del derecho ha tenido lugar antes de principiar la *litis*, el *causam habens* no puede ser perjudicado por la sentencia dictada contra el *causam dans*, porque éste, habiendo dispuesto ya legalmente de la cosa, no tiene cualidad jurídica para defender el derecho de su *causam habens* ni facultad para perjudicar sus derechos. Si el autor quiere obtener una sentencia eficaz también contra el adquirente, tiene que llamarle al pleito ó deducir directamente la demanda contra él, pues de lo contrario, la sentencia no tendrá eficacia sino contra quien ha sido parte en el juicio. Importa poco que el *causam habens* haya tenido ó no noticia del pleito que se seguía contra su *dante causa*, pues, sea la que quiera la interpretación que se dé al fragmento del jurisconsulto Macro en el Derecho romano, es evidente que no tiene aplicación en el derecho vigente en Italia, toda vez que el silencio del Código impide que se aplique una doctrina que, por los graves efectos que produce, no ha sido acogida generalmente ni aun para el Derecho romano mismo. Algunos escritores creen que, por virtud de las disposiciones relativas á la necesidad de la inscripción del título para que produzca efectos contra tercero, en tanto que el *causam habens* no haya llenado esta formalidad, se debe considerar al *causam dans* como propietario respecto del tercero reivindicante, por manera que la acción pueda ejercitarse contra éste y la sentencia que contra él se obtenga perjudicar al que de él adquirió; pero los que esto sostienen olvidan que la inscripción se ha introducido para regular la preferencia entre causahabientes de un *causam dans* común, mediato ó inmediato, y que el tercero reivindicante no es un *causam habens*, y no puede oponer, por tanto, el defecto de inscripción.

Más grave es la cuestión relativa á la eficacia, contra el que adquiere la cosa *judicio pendente*, de la sentencia dictada contra su *dante causa*, trae muy divididos á los escritores. En el Derecho romano el problema estaba resuelto, pues, desde el momento de la *litis contestatio*, según el derecho antiguo, y desde la deducción de la acción real, según el derecho último, surgía la *exceptio litigiosi*, por virtud de la cual el reivindicante no estaba obligado á respetar ninguna transmisión verificada en el curso del juicio y *tamquam si nihil factum sit lite nihilominus peragenda*. Al dictarse la sentencia, la *res litigiosa* se consideraba *de derecho* poseída por el enajenante, y el litigante victorioso podía pedir la nulidad de la enajenación, no faltando fuentes que sancionen expresamente aun la extensión de la sentencia. Pero es de advertir que la *litigiosidad* no afectaba á la cosa, sino que la *exceptio litigiosi* existía sólo entre los liti-

Digitized by Google

gantes y cualquier tercero que, aun de buena fe, adquiriese de *uno de ellos* la *res litigiosa*.

En el derecho intermedio se acogió completamente la teoría romana del cuasicontrato judicial y de la inalienabilidad de la cosa litigiosa. El derecho bárbaro prohibía la enajenación de la cosa litigiosa, y el derecho canónico se atenía al principio: *lite pendente nihil innovetur*. Algunos fueros disponían que era necesario que el Juez decretara expresamente la inalienabilidad, y los glosadores defendieron la teoría de la inalienabilidad rodeándola de temperamentos para impedir que se sustrajeran los bienes á la libre circulación por la simple pretensión de cualquier litigante temerario. Como en el derecho romano, la litigiosidad no afectaba á la cosa, sino que tenía eficacia sólo respecto de las partes litigantes y del mismo modo *non requiritur nova instantia, sed cum incepta proseguitur*. La sentencia producía estado contra el *causam habens*, y, según algunos, se podía aún ejecutar contra él, sin nuevo juicio.

Los legisladores modernos han adoptado otro sistema. Ninguna disposición legislativa hace mención expresa de la *litis contestatio*, cuyo nombre se ha conservado en la ciencia con efectos esencialmente diversos de los que le atribuía el Derecho romano. El Código civil italiano no contiene precepto alguno que declare inalienable la cosa materia del litigio, pues ha parecido exhorbitante sustraer las cosas litigiosas al libre comercio, acaso durante mucho tiempo, por el solo hecho de las pretensiones del actor. Ni la demanda ni la contestación de la *litis* hacen surgir el vínculo de la inalienabilidad de la *res;* efecto que sólo produce la inscripción del precepto inmobiliario, por expresa disposición del art. 2085 del Código civil.

La mayoría de los escritores, seguidos por la jurisprudencia, entienden que, entablado el juicio, la sentencia que recaiga debe causar estado contra el causahabiente, cuyo derecho haya nacido en el curso del juicio mismo; pero ninguno de los argumentos aducidos para sostener esta opinión tiene fuerza suficiente, por lo cual debe admitirse la opinión contraria, que es la más conforme á los principios de derecho, á la seguridad de las adquisiciones y á la inviolabilidad del derecho de la defensa, y la única que hoy puede aceptarse por virtud del art. 439 del Código civil italiano, según el cual: «Si el poseedor ó detentador, despues de habérsele notificado la demanda judicial, ha cesado por hecho propio de poseer la cosa, está obligado á recuperarla á su costa para el actor, y no pudiendo hacerlo, á resarcirle su valor, sin que se perjudique en el derecho de *proponer*, por el contrario, su acción contra el nuevo poseedor ó detentador.» Si el que ha dejado de poseer no puede recobrar la cosa, y el reivindicante no se contenta con la *æstimatio rei*, la sentencia obtenida contra el demandado no causará estado contra el tercer poseedor, sino que contra él será necesario *proponer ex novo* la acción reivindicatoria. Con este precepto no se han perjudicado los derechos del reivindicante, porque, además de la obligación impuesta al demandado de recobrar la cosa á

Digitized by Google

su costa, lo cual es un freno para evitar al actor la molestia de un nuevo juicio, se le da también el derecho de pedir la garantía preventiva del secuestro judicial, que *inmobiliza* la posesión en manos del depositario, el cual, bajo su responsabilidad civil y penal, queda obligado á entregar la cosa á la parte victoriosa, asegurando así los efectos de la sentencia.

Cuando la transmisión de la propiedad ha tenido lugar, después de la sentencia contraria al *causam dans*, ésta perjudica al *causam habens*, al cual podrá oponerse la excepción de cosa juzgada, fundándose esta extensión de la sentencia, ó sobre el concepto de la representación, ó sobre el de la cesión de derechos. Sobre el concepto de la representación, en el sentido de que cada litigante representa á todos aquellos que tendrán causa de él después de la sentencia, como todo contrayente contrae para sí y para sus sucesores á título universal. Sobre el concepto de la cesión de los derechos, en cuanto que el causahabiente á título singular recibe la cosa en el *estado jurídico* en que se encontraba al tiempo de la transmisión, y como *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, si la sentencia había declarado inexistente el derecho del *causam dans*, causará también estado contra el adquirente posterior.

En el Derecho romano, la sentencia obtenida contra el *causam dans*, aunque causaba estado contra el *causam habens*, no podía ejecutarse desde luego contra éste, porque, en aquel derecho, la ejecución de la sentencia no era, como en el derecho moderno, un simple efecto de la cosa juzgada, sino que había que pedir, con un nuevo procedimiento, la *actio judicati* á un magistrado diverso del *judex* y provisto de *imperium*.

En el derecho intermedio se distingue también la eficacia intrínseca de la sentencia de su *ejecutoriedad*, aconsejándose que se citase siempre al adquirente, el cual podía excepcionar razones *ex causa nova* y también *ex causa auctoris*, cuando hubiere habido, por parte de éste, dolo ó impericia.

En cuanto al derecho moderno, el libro segundo del Código de procedimiento civil italiano sanciona, repetidas veces, que la sentencia es título ejecutivo sólo contra la parte *condenada*. Sólo el art. 580 declara excepcionalmente que los títulos ejecutivos contra el difunto lo son también contra los *herederos*, porque, representando el heredero la personalidad jurídica del difunto, se sometería al actor á un gasto inútil de tiempo y de dinero. Resulta, pues, claro que *nunca* puede ejecutarse la sentencia contra el poseedor no condenado, y que el reivindicante deberá en todo caso volver á proponer la instancia contra el *nuevo* poseedor para obtener una sentencia ejecutiva contra él, aun cuando la sentencia, respecto del contenido, tenga eficacia de cosa juzgada. Con esto no se causa daño al actor, porque, ó el tercer adquirente no tiene razones nuevas y el litigio terminará pronto sin peligro de oposición, ó tiene razones nuevas, y discutidas éstas, será provisto el actor de un título cierto é inatacable *in executivis*. Pero sí podría haberse causado daño al

Digitized by Google

adquirente, porque *in executivis* sólo pueden oponerse razones de pronta solución, y no lo son, por lo general, las cuestiones de propiedad ó prescripción. En el juicio contra el que adquirió después de la sentencia, éste no podrá alegar más que razones *ex causa nova vel ex causa propia*, pero no las razones del *causam dans*, porque respecto de ellas produce excepción de cosa juzgada la sentencia obtenida contra éste.

Para seguridad de las adquisiciones y para mayor garantía de los derechos del reivindicante, es de desear que se ordene la inscripción de las demandas reivindicatorias, cosa actualmente no permitida por la legislación italiana. Si se ordenara la inscripción, se evitarían muchas dificultades procesales, y el reivindicante no se vería obligado á iniciar un nuevo juicio contra el nuevo poseedor, si el primero *dolo desiit possidere*, porque se podrían ejercitar contra el inscrito todas las acciones reales, aunque no estuviera en posesión material de la cosa, y la sentencia obtenida contra él valdría *erga omnes* como readquisición de la cosa, libre de todo gravamen.

JERÓNIMO VIDA,
Catedrático de la Universidad de Granada.

Los últimos números del *Archivio di diritto publico*.—El profesor Orlando.—*Algunas observaciones sobre el concepto de soberanía* (Minguzzi): Soberanía popular, Soberanía del Estado.—*Reforma electoral en España* (Ugo).—*Causas de la abstención electoral*(Ferrarini): Sus causas.--Otros trabajos.

En la *Revista de la prensa jurídica extranjera* que en el número anterior publiqué, no pude, por falta de espacio, hablar de los interesantes trabajos que el *Archivio di diritto publico*, del profesor Orlando, trae en sus últimos numeros. Hoy lo haré con el detenimiento que me permita el espacio de que dispongo. Pero antes de dar noticia de los trabajos insertados en el *Archivio*, quisiera decir algunas palabras sobre la índole general de la publicación, y de paso algunas también de su distinguido director. El *Archivio di diritto publico* tiene un carácter eminentemente científico. Los trabajos que en él se insertan, hasta ahora al menos, son, por lo común, monografías acerca de los problemas del Estado (la soberanía, la representación, el derecho constitucional). Muchos de ellos, *revisiones* agudísimas, hechas con rara competencia, de las teorías corrientes del derecho político, desde el doble punto de vista de las tendencias dominantes en los tratadistas alemanes, que se inspiran en las concepciones del *Estado jurídico* y de las afirmaciones más ó menos precipitadas de la sociología moderna.

Por lo que del distinguido director del *Archivio* puede uno saber con la lectura de sus libros y de sus estudios publicados en otras revistas, no es aventurado afirmar que ejerce en la marcha indicada de su publicación un

Digitized by Google

influjo personal muy preeminente; pues Orlando, entre los numerosos publicistas del derecho constitucional con que Italia cuenta, representa con gran fidelidad aquella misma tendencia de renovación *jurídica* de la idea del Estado, y que, por otra parte, no se ha colocado fuera de las corrientes dominantes, merced al positivismo sociológico. Sin embargo, de estos dos elementos de la tendencia á que aludo, el que predomina en Orlando (y vese también predominar en el *Archivio)* es el de la renovación *jurídica* del Estado. Basta leer sus libros para afirmar que Orlando está, con su originalidad, por supuesto, en la escuela política que de Krause y Ahrens procede, y que en Mohl, Gneist, Stein y otros de la misma significación tiene sus ilustres representantes.

Las obras que conozco de Orlando son: *Los estudios jurídicos sobre el régimen parlamentario, La reforma electoral, Las garantías jurídicas de la libertad.* publicada esta en la *Biblioteca* de Bruniatti, y por fin, dos *Manuales* de la *Biblioteca* Barbera, el uno sobre *Derecho constitucional* y el otro sobre *Derecho administrativo*, que me atrevo á colocar, por su buena doctrina, por su espíritu científico elevado, así como por su forma adecuadísima, como *Manuales*, entre los mejores que he podido leer hasta hoy.

***

Hechas estas indicaciones, que creo merecen la publicación de cuyos trabajos quiero dar cuenta y su director, paso á exponer en breves términos el contenido de los últimos números. El *Archivio* es una revista bimensual, de modo que habiendo de contraerme á lo publicado durante el primer semestre, habré de referirme necesariamente á los trabajos de tres números tan solo. Hay en ellos estudios de verdadero interés.

En el primer cuaderno, correspondiente á los meses de Enero-Febrero últimos, nos encontramos con un trabajo del propio Orlando, que no tiene una importancia general *(Relaciones entre la competencia de la IV Sección del Consejo de Estado y la judicial)*, con otro de Ugo sobre *Responsabilidad ministerial*, y por fin, con otro de L. Minguzzi, que es el que reviste una importancia más general, pues como se ve por su título, *Algunas observaciones sobre el concepto de soberanía*, trata una cuestión de carácter esencialmente filosófico-político.

Quizá parezca á algunos manoseado el asunto de la *soberanía política*, y hasta habrá quien conceptúe este tema como un tema agotado. Ciertamente no es hoy, ni en la ciencia ni en la vida práctica, una cuestión palpitante: los Estados modernos casi todos han encontrado su fórmula, y según ella, se gobiernan mejor ó peor. Las discusiones que en un tiempo de tal modo apasionaban á las gentes respecto del *origen* de la soberanía y respecto de á quién corresponde su ejercicio, no tienen, hoy por hoy, el mismo calor. Pero esto no obsta para que el tema siga siendo uno de los fundamentales en la ciencia del Estado, como reconoce Minguzzi, y que su estudio tenga toda la

Digitized by Google

actualidad que tienen las cuestiones verdaderamente científicas. Minguzzi, además, sabe tomarlo como al presente corresponde. De la soberanía política no se hablará mucho ya en los Parlamentos, ni el debate acerca de su origen divino ó humano es debate para que nos acaloremos demasiado; pero no puede menos de reconocerse que de aquellas grandes luchas anteriores quedan aún restos en algunos pueblos, por desgracia, y que por mucho que en política se haya progresado, aun hay bastante que hacer para infundir en la organización de la soberanía, cuando entra en la esfera práctica de la acción, ideas sanas de justicia.

Esto aparte de que siempre será obra muy grata é interesante para la ciencia la que acomete Minguzzi, á saber: investigar en el desarrollo histórico la ley que preside á la formación de aquellas ideas que vemos triunfantes á nuestro alrededor. Minguzzi se propone, en efecto, dirigir una como *ojeada de conjunto* á la evolución real de los conceptos imperantes, tanto en la ciencia como en la vida del Estado, acerca de la soberanía. Son éstos, con sus variantes y matices diversos, dos, en su opinión: el concepto de la *soberanía popular*, que, procediendo de Rousseau, tuvo su realización práctica radical en la Revolución francesa, y el de la *soberanía del Estado*, imperante sobre todo en la ciencia política alemana.

El trabajo de investigación de Minguzzi en lo relativo á la soberanía popular y al modo como este concepto penetró en las instituciones representativas, es muy original é interesante. Como idea que considero en esta parte muy fecunda, está la distinción, que partiendo de las indicaciones de Minguzzi, puede hacerse entre Gobierno y Estado; palabras estas que no suelen emplerse siempre con su alcance y valor propios.

No es menos interesante, y además más de *actualidad* en la ciencia política, la exposición de la soberanía del Estado, tan corriente en Alemania. Para hacerlo Minguzzi alude á la concepción del Estado en las doctrinas alemanas. Ocupa el Estado, dice, en estas doctrinas siempre un puesto eminente, pues al revés de lo que ocurre en las teorías francesas que proceden de Rousseau, el Estado tiene aquí una verdadera substantividad: «sea el Estado, dice, una manifestación orgánica del pueblo, sea una categoría ética, sea una institución jurídica, el concepto que de él tienen las escuelas alemanas es siempre elevadísimo.» «La idea general, añade luego, de los escritores alemanes en orden á la génesis nacional del Estado,es que es el último de los diversos momentos del desenvolvimiento humano, ó sea el supremo órgano mediante el cual el hombre alcanza sus propios fines. Para ellos los fines internos y externos del hombre son los que determinan la formación de otras tantas esferas de vida *(Der Zweck erzeugt den Körper)*. Estas corresponden á la familia, á la estirpe y á la sociedad; así que el hombre viene á ser desenvuelto en sus fines internos y externos por estos organismos especiales. Pero no todos los fines de la vida humana se encuentran con sus medios, ni estas es-

Digitized by Google

feras de vida pueden referirse completamente á su fin propio, si en las varias partes de la superficie terrestre en que están divididas, y en las cuales vive un grupo del género humano, no existiese un organismo único y potentemente desenvuelto que reuniese las personalidades particulares, las familias, las estirpes y las clases de la sociedad de cada pueblo. Este organismo es el Estado; el cual no es una progresión de estas diferentes esferas de vida, destinado también á realizar fines, superior á las esferas precedentes por la potencia, por la elevación, sino cooperante con todas al cumplimiento del fin último...» Minguzzi continúa indicando á este tenor el concepto del Estado, hasta llegar, apoyándose en las indagaciones de Gerber, Stein y otros, á afirmar en el mismo la *personalidad*, de cuya cualidad elevadísima, que imprime el carácter más eminente en lo humano, se deduce por un estudio de los elementos integrantes de la personalidad, el concepto de la soberanía y la teoría moderna del Estado *constitucional*.

La soberanía, como poder jurídico del Estado en cuanto persona, no puede ser sino «el querer de su misma personalidad. Con la naturaleza personal del Estado, pregunta, ¿se podrá atribuir aquélla á una de sus partes ó á uno de sus órganos? No, ciertamente, porque lo impide el principio de la unidad personal. Ni la cualidad constitucional del Estado, con la formación de los derechos de sus diversos órganos, mata esta unidad. La determinación de los órganos no debilita, sino que confirma el principio de la personalidad general, porque cada uno de ellos en el cumplimiento de su función propia expresa el querer de la personalidad. Dado el concepto orgánico de la persona, así fundado en la escuela alemana, estos escritores no podían sostener otra *soberanía* que *la del Estado.*»

Sigue luego Minguzzi poniendo en frente de la soberanía del Estado las soluciones que la misma vino á destruir, por ejemplo, la del príncipe, contra la cual aquélla fué un ariete formidable.

Después, dando por expuestos los conceptos que deben considerarse en la actualidad como los más importantes, puesto que al fin son los que inspiran las tendencias dominantes en la ciencia y aun en la vida de los pueblos, como Francia y Alemania, pasa á desenvolver su propio concepto del problema de la soberanía. Minguzzi, aceptando cierta manera de ver la cuestión, distingue entre el punto de vista *objetivo* y *subjetivo* de la soberanía que corresponden á la soberanía originaria é imperante de Majorana y hasta á la soberanía originaria y derivada de Romagnosi. Para nuestro autor, de estos dos puntos de vista, desde los cuales puede plantearse el problema de la soberanía, el que más importancia práctica tiene es el segundo, pues que de su solución depende una tan grave cuestión como la de la organización del Gobierno, y en general del Estado. «Si la soberanía es, como dice Gerber, la potestad de querer de un organismo moral, se trata desde luego de ver cuál sea el asiento de este querer, dónde se forma esta voluntad. Para la existen-

Digitized by Google

cia de la soberanía, lo que importa no es de *donde venga*, sino *donde resida*.»

Algo podría decirse respecto de esta apreciación, no tanto para rechazarla, cuanto para explicarla. En mi opinión, el decaimiento de la importancia del problema *¿de dónde se origina la soberanía?* no viene de que no tenga tanto interés como el otro, sino que en virtud del predominio del criterio por el cual la soberanía no es una cualidad transcendente, sino inmanente en el Estado, no se ha de buscar su explicación fuera de él, sino en él mismo. Esto sentado, ¿cómo no ha de ser un problema capital saber cómo se *origina* la soberanía en el Estado? Verdad es que, dado el supuesto de su inmanencia, el problema de origen se confunde con el problema de su residencia, quedando como problema distinto de ambos el referente á *cómo* y *por quién* se ejerce, que es, después de todo, el que Minguzzi examina bajo el tema de *¿en quién reside la soberanía?*

El estudio que Minguzzi hace de esta parte de su asunto tiene un carácter filosófico-histórico. Es, en rigor, una exposición muy completa de la evolución práctica de la soberanía, á partir de la teoría que atribuye ésta al *príncipe*, y teniendo en cuenta que «la observación histórica pone de manifiesto esta ley constante: *que el poder soberano no ha estado difundido en todo el Estado, sino concentrado en un órgano del mismo*».

Muchas más cuartillas tendríamos que llenar si siguiéramos anotando el resto del artículo de Minguzzi. Por otra parte, hay en él mucho que no tiene un gran interés, y que además no podría extractarse fácilmente, en cuanto es exposición casi histórica de la transformación del concepto de la soberanía del príncipe. Todo lo que á este punto se refiere se resume en estos términos por el autor. Bajo la Monarquía, la soberanía no se compenetraba con el Estado. El poder supremo correspondía á la realeza. Verdad es que, en opinión de Minguzzi, esta compenetración no se logra en la República, si bien se difunde ya la soberanía, porque es característico de este gobierno impersonal la distribución del poder. Opónese á la entera difusión de esto la tendencia invencible á reunir el poder principalmente en una de las partes del Estado.

Tambien tendríamos que ocupar mucho espacio si quisiéramos exponer la indagación de Minguzzi relativa á la evolución de la soberanía distribuída bajo las formas republicanas. La nota común en éstas es que siempre se dibuja un órgano puesto por encima de los demás.

La realización más perfecta, en opinión del articulista, del principio de la soberanía del Estado, está en el Estado constitucional. «En éste no hay órgano alguno puesto encima de los demás; todos se encuentran en igual grado y condición; he ahí por qué el Estado constitucional es un sistema resultante de partes orgánicas, cada una de las cuales existe para realizar respectivamente aquellas funciones particulares, cuya necesidad se haya reconocida en la teoría general del Estado.»

A esta afirmación, que algunos reparos merece, sigue una descripción del

Digitized by Google

organismo ordinario y corriente de los modernos Estados constitucionales. Y el estudio termina con una muy detenida exposición de la soberanía del Estado, considerada en su aspecto práctico, como acción y gobierno de todos los órganos del mismo. De desear sería que los diversos estudios sobre otros problemas de la ciencia política, que presuponen resuelto el de la soberanía, que Minguzzi anuncia, vean pronto la luz. El derecho constitucional ganaria mucho seguramente con ello.

***

En el número de Marzo-Abril inserta el *Archivio*, entre otros trabajos de más ó menos importancia, dos sobre legislación electoral. El uno, de J. B. Ugo, tiene para nosotros cierto interés, pues se refiere á la última reforma electoral española de 26 de Junio de 1890. En él expone su autor con gran extensión, como se ha planteado aquí, el sufragio universal, anotando este planteamiento entre los varios datos que acusan la tendencia general á la extensión del sufragio en todas partes, y el mecanismo complicado de la organización electoral, tanto en lo relativo á la formación del censo y á las garantías que para su exactitud y fidelidad se procuran con la organización de la Junta central, cuanto en lo relativo á la emisión del voto, distribución electoral, proclamación de candidatos, etc., etc.

El otro trabajo á que aludo es sobre la reforma electoral en Italia, y débese á la pluma del Sr. Sant-Angelo. Aunque el asunto es de interés, como en la *Revista* anterior he expuesto otro estudio sobre la misma cuestión, no creo oportuno entrar ya en pormenores.

***

Contiene el número último del *Archivio*, de los tres que hoy me propongo examinar, dos trabajos que merecen por su importancia colocarse al lado del de Minguzzi, con la ventaja en favor de aquellos, de que el asunto de que tratan tiene una actualidad más palpitante, sobre todo uno de ellos, el que, referente á las *causas de la abstención electoral*, publica el Sr. Ferrarini (Leopoldo). El otro, del conocido publicista Guido Jona, versa sobre el *Valor sociológico de la representación*. Hoy me limitaré á hablar del primero, porque el último está aún incompleto, y hasta poder leer la continuación, inserta en números posteriores del *Archivio*, no es fácil formar acabado juicio.

El tema del trabajo del Sr. Ferrarini basta verle enunciado para que no se ponga en duda su importancia práctica. En efecto, ¿quién que siga con alguna atención el desenvolvimiento de la vida política de los Estados contemporáneos, habrá dejado de notar la creciente abstención del cuerpo electoral, sobre todo desde el momento en que no se debaten cuestiones de esas que apasionan fuertemente á las gentes, y á veces aun en estos casos?

Digitized by Google

Es un fenómeno este que debe ser estudiado y hacia el cual llaman á menudo la atención los mismos hombres de Estado.

El publicista italiano del *Archivio* entiende, con muy buen acuerdo, que independientemente de resolver la cuestión que se propuso en el tercer Congreso jurídico reunido en Florencia, relativa á «si conviene, y con cuáles medios, dar una sanción jurídica al deber electoral», es preciso, ante todo, examinar las causas reales que promueven la abstención, pues pronto se advierte que la cuestión propuesta en el Congreso jurídico adquiere gravedad é importancia, en virtud del fenómeno de la abstención electoral creciente.

La fuente de *informaciones* á que el autor acude para investigar las causas de la aludida abstención, es la estadística electoral. En vista de las enseñanzas de ésta, el Sr. Ferrarini clasifica en tres grupos las causas de la abstención electoral, á saber: 1.ª, las que provienen de la influencia de la ley Electoral misma; 2.ª, las que se originan del conjunto de los elementos naturales y económicos; y 3.ª, las que se originan de los partidos parlamentarios y políticos.

El estudio sucesivo de estas causas se hace por Ferrarini con gran copia de datos, y apoyando sus aseveraciones en cuadros estadísticos generales. De todo este amplio debate acerca de un tema tan complejo, debate que me es imposible seguir paso á paso por la índole misma de los razonamientos, el autor induce las siguientes causas de abstención electoral, en cada uno de los tres grupos en que, según hemos visto, las clasifica. Coloca en el *primero* (provocada la abstención por la ley Electoral), la amplitud del sufragio: á mayor contingente de electores, mayor número *á la larga* de abstenciones; el secreto del voto, la demasiada amplitud de las circunscripciones electorales, la gran variedad de los candidatos, y por fin, la representación de las minorías. En el *segundo* (promovida por causas físicas y económicas), las vías de comunicación difíciles, las condiciones atmosféricas, la distinción consiguiente entre la ciudad y el campo y las diversas formas de la actividad industrial En el *tercero* (partidos parlamentarios y políticos), los partidos que profesan el principio de la abstención (lo que en Italia tiene gran importancia, dada la conducta del partido clerical), los intereses privados, egoístas, de campanario, y la corrupción en la práctica de las elecciones.

Basta lo expuesto para comprender el interés del trabajo del Sr. Minguzzi.

***

Escrita ya esta *Revista de la prensa extranjera*, llega á mis manos el número correspondiente á los meses de Julio-Octubre últimos. El sumario es, si cabe, más nutrido y más interesante que el de los números anteriores. Trae, por de pronto, la terminación del estudio de G. Jona sobre la *Representación*, y trae además un largo artículo de Longo sobre un tema tan importante como poco estudiado, á saber: *La costumbre como fuente del derecho público constitucio-*

Digitized by Google

nal y administrativo; otro sobre las *Monografías relativas á la familia en relación con la Estadística,* de Maggioro-Perni; otro de Perozzi, referente á *Los estudios de Sumner Maine y la filosofía del Derecho,* escrito á propósito de la obra de Vanni acerca del mismo asunto, obra esta de que en la REVISTA DE LEGISLACIÓN nos hemos ocupado, y, por fin, otro de Orlando sobre *Cuestiones contemporáneas de derecho público.*

Es imposible, á no alargar desmedidamente este artículo, dar cuenta aquí de los puntos más salientes tratados en el número último del *Archivio.* Quédense para otra vez.

ADOLFO POSADA,
Catedrático de Derecho político y administrativo de la Universidad de Oviedo.

Digitized by Google

NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS *

Congresso internazionale di diritto marittimo di Genova, 1892, por *G. B. Benfante;* Palermo, 1893.

Trátase de un interesante folleto, en el cual se contiene una especie de memoria crítica de las sesiones verificadas por el Congreso á que el título copiado más arriba alude. El autor representa á varias sociedades mercantiles y jurídicas de Palermo en el Congreso, y su propósito en el folleto de que hablamos es no hacer una detenida crítica de los discursos y actos y demás de la Asamblea, sino tan sólo exponer las resoluciones adoptadas por las cuatro secciones en que se dividieron los trabajos, haciendo de pasada tal cual observación crítica que conceptúa oportuna.

La importancia del Congreso de Génova se comprenderá con sólo tener en cuenta los asuntos en que se ocupó. Fueron éstos referentes al crédito naval, á las averías y policía de cargo, á los seguros marítimos y á la asistencia y salvamento. De las discusiones habidas, de los criterios dominantes y de las decisiones tomadas, da muy exacta idea el folleto del Sr. Benfante.

***

Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Manuel Durán y Bas, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, 1893.

Pasa el Sr. Durán y Bas por uno de los profesores que honran verdaderamente la Universidad española. Su fama como hombre de ciencia, como jurisconsulto, como publicista, es reconocida por todos, y no puede desconocerse que bien merece el distinguido profesor barcelonés el respeto y la consideración de todos.

Por estas razones cogimos el discurso, cuyo título encabeza estas breví-

---

* De todas las obras jurídicas que se nos remitan dos ejemplares, haremos un juicio crítico en esta Sección de la REVISTA. De las que versen sobre otras materias, pondremos un anuncio en la cubierta de las entregas.

Digitized by Google

simas líneas, con verdadera curiosidad, con verdadero deseo de leerlo y con indiscutible esperanza de entusiasmarnos leyéndole. Había, además de la fama del autor, otro motivo. En algún periódico habíamos visto que el Sr. Durán y Bas trataba en el discurso de la Academia de Jurisprudencia del fin ó fines del Estado, y el tema, por su innegable actualidad, por su dificultad y complicación, es de los que uno desea ver estudiados por cuantas personas se supone que puedan tener algo que decir.

Hoy ya hemos satisfecho nuestra curiosidad. Leímos una vez el discurso del Sr. Durán y Bas acerca, como él nos dice, de «la acción del Estado según la ciencia contemporánea», y hemos de reconocer que trata el asunto con gran amplitud, con bastante erudición, á ratos con criterio aceptable...; pero indudablemente, si estas notas bibliográficas no debieran reducirse á la anotación escueta casi del libro, para contribuir á que el público *letrado* sepa que se ha publicado, muchos reparos, muchas observaciones creemos que cabría hacer al ilustre catedrático de la Universidad catalana desde el principio, es decir, desde cuando afirma que es de la *teoría* del Estado considerar su origen, su acción ó funciones, su organización (bien está ésto), y, por último, su desenvolvimiento en la dilatación de los tiempos y en el seno de las diversas civilizaciones (?), hasta el criterio con que juzga muchas de las teorías expuestas (generalmente con competencia indudable) en el curso de su importante oración académica.

Pero, repetimos, que no es dable entrar en este lugar en semejante género de apreciaciones críticas.

ADOLFO POSADA,
Catedrático de la Universidad de Oviedo.

Dei delitti contro la libertá; por *Costanzo Peratoner*.—Catania, 1891; un vol., págs. 375.

Divídese esta obra en una introducción y dos partes. La introducción trata de las *garantías de la libertad*, empezando por exponer el concepto de la libertad en el mundo moderno, sus diversas manifestaciones, sus relaciones con el Estado, las funciones de éste en general y en sus relaciones con la libertad, y viniendo después á ocuparse en el concepto general de las garantías y de su división en políticas, jurídicas y penales, para concretar en estas últimas lo que va á ser materia del libro.

Dedica el autor la *parte primera* de su trabajo á la *teoría general de los delitos contra la libertad*, estudiando el concepto del *crimen vis* como mera violación de la libertad civil ó política, no cometida para violar ningún otro derecho, lo cual justifica su consideración como delito distinto é independiente, por más que en todos ó en casi todos los delitos contra las personas pueda decirse que existe una negación de la libertad y un estado de violencia.

Digitized by Google

Razonada así la necesidad de crear una categoría especial de delitos contra la libertad, fundada sobre criterios propios, pasa Peratoner á estudiar las distintas clasificaciones que de aquéllos se han hecho en varios códigos, concluyendo con el examen de la admitida y sancionada en el nuevo Código penal italiano.

En la *parte segunda*, consagrada á la *teoría especial de los delitos contra la libertad*, se estudian, en capítulos sucesivos, los delitos contra las *libertades políticas*, contra la *libertad de cultos*, contra la *libertad individual*, contra la *inviolabilidad del domicilio*, contra la *inviolabilidad de los secretos* y contra la *libertad del trabajo*, examinando cada una de estas clases de perturbaciones jurídicas en los principios filosóficos, en la historia, en la legislación comparada y en el Código vigente en Italia.

El libro de Peratoner, inspirado en amplios criterios de libertad y en las doctrinas de la llamada *escuela clásica*, revela un perfecto conocimiento de la materia, que trata por modo completo y acabado, lo cual, unido á la claridad de la exposición, hace que pueda ponérsele entre las mejores monografías que acerca de la parte especial del derecho punitivo vienen publicándose en Italia desde hace algún tiempo.

***

Die japanische Verfassung, por el *Dr. B. Pappafava.*—Zara, 1892; un folleto de 13 págs.

El autor da á conocer en este folleto la Constitución del Japón, que, por ley de 11 de Febrero de 1889, se ha organizado en una forma análoga á nuestros modernos gobiernos representativos.

Bajo los epígrafes: *el Emperador, derechos y deberes de los súbditos, el Parlamento imperial, los Ministros de Estado y el Consejo privado, el Poder judicial* y *la Hacienda*, expone Pappafava los preceptos de ese nuevo código constitucional, destinado á regir, con instituciones muy semejantes á las de los pueblos europeos, una nación que tanto difiere de ellos por raza, costumbres y civilización.

JERÓNIMO VIDA,
Catedrático de la Universidad de Granada.

Dionisio Anzilotti.—**La filosofía del diritto e la sociología**, Firenze, tip. Bonducciana, A. Meozzi, 1892; 220 págs., 4 liras.

En otra ocasión he dicho que los tratadistas italianos (lo mismo podría decirse de los de otros países) de filosofía jurídica positiva y de sociología, no habían logrado (ni casi se habían propuesto) determinar con precisión el concepto de ambas disciplinas, ni sus relaciones; si podían continuar manteniendo su independencia, ó si habían de refundirse en una sola. De entonces

Digitized by Google

acá he leído algunos trabajos, que sus autores han tenido la bondad de enviarme, entre los cuales debo mencionar, como más importantes, algunos de Vadalà Papale y el *Programma critico di Sociologia*, de Vanni; mas confieso que su lectura no ha modificado gran cosa el juicio que sobre el particular tenía de antes formado: los opúsculos de Vadalà apenas si tocan la cuestión, y el *Programma* de Vanni tampoco la afronta directamente, sino que la trata como uno de los problemas subordinados al fundamental de su libro: determinar, mediante un análisis crítico, el concepto de la sociología, sus relaciones con otras ciencias, etc.; así que sólo en un capítulo se pone la cuestión de las que con la filosofía del derecho mantiene (cap. 8.°). Sin embargo, el *Programma* presenta muchos puntos de vista aprovechables para el estudio de la materia, y sobre todo demuestra la necesidad de una elaboración y revisión crítica de todas las ciencias sociales, y, por tanto, de la sociología y de la filosofía del derecho. El *Programma*, junto con la otra obra del mismo autor, *Il problema della filosofia del diritto*, muestran ya de una manera que podríamos llamar consciente la exigencia de reconstruir, con arreglo al moderno criterio proveniente de las nuevas vías en que ha entrado la ciencia, todas las disciplinas sociales.

Ahora, el problema de las relaciones entre la sociología y la filosofía del derecho—que es el más grave de todos, por cuanto, mientras se reconoce la existencia de las otras ciencias sociales, no falta quien pretenda negar la de la filosofía del derecho, absorbiéndola en la sociología—es el asunto sobre que versa el libro de Anzilotti. El cual, no obstante ser, según dice el autor, una promesa de ulteriores estudios, es, hasta donde yo conozco, si no absolutamente el único que se ha ocupado directamente de la cuestión, sí el único que se ha concretado á ella, y que la ha considerado y discutido desde todos los puntos de vista que es posible discutirla y considerarla. Que después de publicado este trabajo pueda mirarse como definitivamente resuelta, esto no se atreverá nadie, ni aun el autor, á decirlo; pero tampoco se podrá negar que contribuye mucho á plantearla, y sabido es que la solución de las cuestiones está toda ella en la acertada posición de las mismas.

No podemos exponer, ni aun en resumen, la doctrina de Anzilotti. Baste saber para adquirir una idea de lo que es el libro y de su importancia que, de los nueve capítulos que contiene, los dos primeros están consagrados á poner el problema y á dar á conocer su importancia, su naturaleza, sus límites y las causas que lo han determinado; los tres siguientes, á demostrar la imposibilidad de una sola ciencia de la sociedad (la sociología), que absorba á todas las ciencias sociales particulares, y, por tanto, á la filosofía del derecho; el sexto y séptimo, á demostrar la autonomía de la filosofía del derecho, autonomía derivada de su peculiar función, y los dos últimos, á apreciar el valor que en la construcción de la filosofía del derecho debe darse á los datos de la sociología.

Digitized by Google

De la lectura de todos ellos resulta que, para el autor, las dos ciencias de que se trata no pueden confundirse, pero tampoco separarse; que la sociología tiene que auxiliar mucho á la filosofía del derecho, en cuanto que todas las relaciones humanas tienen un carácter social, cuyo estudio corresponde á aquélla; pero que no por eso puede subrogarse á ésta, porque también dichas relaciones tienen un aspecto individual, cuyo estudio es propio de la filosofía del derecho; que esta disciplina debe entrar en el movimiento de renovación sociológica que abarca á todas las ciencias sociales, dejando de ser, como hasta aquí lo ha sido, una ciencia abstracta, pero que, á pesar de esto, será siempre la ciencia á la cual corresponde averiguar los principios supremos del derecho, y que aunque la filosofía del derecho debe apoyarse en la sociología, por el aspecto social de los actos humanos, debe así bien apoyarse en las ciencias antropológicas, por el aspecto individual de los mismos.

Todos estos puntos los desarrolla el autor con gran maestría. Unicamente advierto yo que podría muy bien haber reducido la doctrina á menos páginas, no diciendo más que lo preciso; condición esta que es indispensable á los trabajos científicos modernos, por falta de tiempo para leer todo lo que se publica.

***

Angelo Majorana.—**Il sistema dello Stato giuridico.** Roma, Ermanno Loescher et C., 1889. Un vol. de 191 págs., 4 liras.

Los lectores de la REVISTA conocen ya—por haber dado cuenta de él en uno de los números anteriores—el libro de *Sociología* del profesor de la Universidad de Catania, Angel Majorana, y las condiciones que lo hacen recomendable: la gran cultura filosófica, jurídica, técnica y matemática del autor, la sobriedad y sencillez en la exposición, el encadenamiento rigorosamente lógico de sus proposiciones, el arte de condensar en pocas palabras los principios científicos y de fundir y armonizar las conclusiones de la filosofía antigua con las de la nueva, sin, por eso, ser ecléctico, sino considerándolas como formando parte de un mismo proceso evolutivo.—En el libro que encabeza esta nota se advierten también, como no puede menos, las cualidades referidas, aunque no siempre en el mismo grado que en la *Sociología;* algunas de ellas puede decirse que están más acentuadas, ó, por lo menos, más visibles, como, por ejemplo, la extensa y sólida cultura del autor; en cambio, otras se hallan, sin duda alguna, menos desarrolladas, cual sucede con el talento sistematizador. Pero en todo caso se revela un pensamiento con bastante originalidad, nada exclusivo ni sistemático, sino muy flexible y abierto á toda clase de modificaciones y rectificaciones; así como una cierta virtud sugestiva para despertar en los lectores el espíritu crítico: virtud que constituye acaso el mérito principal de las obras de la índole de las del profesor Majorana.

Digitized by Google

Según confesión del mismo, el libro que tenemos á la vista es una tentativa para reducir á sistema la doctrina de lo que en Alemania se llama el *Rechtsstaat*, ó sea, de lo que algunos traducen *El Estado según el Derecho* y que Majorana llama *Estado jurídico; Rechtsstaat* de que entre nosotros nadie se ha ocupado, que yo sepa, si se exceptúa al Sr. Posada, en algunos trabajos sueltos, que es de esperar tendrán adecuado desarrollo y organización en su *Tratado del Derecho político*, cuya próxima publicación ha anunciado muy recientemente.

Consiste el *Estado jurídico*, según Majorana, en «organizar un Estado, el cual, en todo y para todo, en su constitución y en su acción, en sus relaciones con los ciudadanos y con la sociedad, esté siempre y rigorosamente sometida á las normas del derecho». Este Estado jurídico es lo que el autor pretende sistematizar (pág. 2), siguiendo las huellas de Kant, por un lado, y de Romagnosi, por otro, aunque teniendo presentes las condiciones sociales y políticas de nuestro tiempo (pág. 190). Semejante sistematización no se ha hecho hasta el presente en las ciencias del Estado (pág. 9). La teoría del Estado jurídico no puede reducirse al derecho constitucional (única cosa que, por lo general, estudian los autores italianos y que la ley manda estudiar en las Universidades), ni á la política (como ciencia de los fines del Estado y de los medios para realizarlos), sino que tiene que espaciarse en el campo de la *Ciencia política*, entendida como *doctrina general del Estado* (pág. 9). Aunque se considere á la política como ciencia práctica y de aplicación, no se puede por menos de considerarla también como doctrina general del Estado, y no puede menos de informarse, además de en criterios jurídicos, en criterios económicos y morales. Así que la ciencia política puede dividirse en *moral política (Staatssittenlehre), economía política (Volkswirthschaftslehre)* y *derecho político*, mejor que *derecho público (Staatslehre)* (pág. 14).

De esta manera, la doctrina referente al Estado se engrana con la de la moral y la economía, lo que indudablemente supone una sistematización.

En esto, así como en las indagaciones que el autor hace tocante á lo que podríamos llamar «supuestos» necesarios del Estado, á saber: las indagaciones referentes á la *génesis lógica del Estado y del derecho* (cap. III), y á lo que llama *momentos de la idea del derecho* (cap. V), nos parece acertado y hasta creemos que es la parte más nueva y aprovechable de su libro. En cambio, á partir de aquí, ó sea, desde el capítulo VI en adelante (VI, *Las condiciones del Estado jurídico;* VII, *Teoría jurídica de la soberanía;* VIII, *Teoría jurídica de la representación;* IX, *Los poderes del Estado;* X, *La ley;* XI, *El gobierno;* XII, *Las garantías del derecho)*, las teorías que formula, aun cuando llevan impreso el sello de la personalidad del autor, y, por tanto, revisten las condiciones de que más arriba queda hecho mérito, sin embargo, me parece que no alcanzan la elevada significación que las de los capítulos anteriores, y que el autor haría obra meritoria en madurarlas y elaborarlas más de lo que hoy lo están,

Digitized by Google

y en hacerlas pasar del estado de puro empirismo, en que puede decirse que actualmente se encuentran, al de sistematización y organización científica, Para esto, es necesario acudir á los resultados de las investigaciones sociológicas modernas, que el mismo Majorana ha reasumido en el libro que dejamos citado.

Conviene decir también que la obra de que damos noticia no es más que la *parte general* de la *Teoría del Estado jurídico*, ó sea, según las propias palabras del autor, «los principios fundamentales sobre los que el Estado jurídico se apoya». En la parte especial se aplicarán estos principios á las relaciones é instituciones particulares.

Decir que el libro es muy superior á los que, por regla general, se producen y existen en España sobre la materia, casi nos parece innecesario, especialmente para los que conozcan el nivel intelectual de nuestro país y el de la patria del autor, y todas las demás condiciones que á uno y á otro rodean en los restantes órdenes de la vida, tan conexos, por necesidad, con éste.

***

Giuseppe Cimbali.—**Il diritto del più forte, saggio di scienza sociale e giuridica. Seconda edizione. Roma, L. Roux & C. editori, 1892. Un vol. de 211 págs., 4 liras.**

Enrique Cimbali, aquel joven de vigorosa potencia intelectual, autor de *La nueva fase del derecho civil*, de la *Capacidad de contratar*, de los *Estudios de doctrina y jurisprudencia* y de otros interesantes trabajos, iniciadores puede decirse del movimiento de renovación que actualmente se advierte en el Derecho civil, murió prematuramente, sin haber podido cumplir la promesa que había hecho al público de dar á luz una obra cuyo título era *La fuerza, elemento constitutivo del derecho*, obra esperada con ansia por todos cuantos conocían la cultura y el talento del autor.

Su hermano José, lamentando que el difunto no dejase nada escrito respecto de la materia referida, y lamentando, por consiguiente, la falta de un libro «que habría sido la obra más personal de Enrique, porque habría reflejado todo el temple diamantino de su heróico carácter», ha tenido que contestar negativamente á las preguntas que de todas partes se le hacían en demanda de la obra de su hermano. En vista de lo cual, se ha decidido él á dar á la estampa, depués de meditado seriamente, el libro que titula *El derecho del más fuerte*, creyendo que el pensamiento del autor de *La nueva fase del derecho civil*, al escribir sobre «la fuerza como elemento constitutivo del derecho», era el de hacer un tratado sobre la *capacidad*.

Y esto es lo que ha hecho también José, un tratado filosófico-jurídico sobre la capacidad, puesto que para él *el más capaz es el más fuerte*, no ya físicamente tan sólo, sino intelectualmente, moralmente, etc.

Digitized by Google

El libro tiene, podemos decir, una factura ú organización perfectamente lógica, hasta el punto de que algún autor que se ha ocupado detenidamente de él (Enrique Piccione, en su trabajo sobre las *Leyes biológicas y Leyes jurídicas en relación con la cuestión social*, Roma, 1892; Véase un fragmento en *Lo Spedalieri* de Marzo de 1892, núm. 5), dice que forma un verdadero silogismo, cuya premisa mayor la constituyen los dos primeros capítulos (I, *Vida, organismo y jerarquía social;* II, *Jerarquía y capacidad),* la menor, el tercero *(Jerarquía, capacidad y derecho),* y las conclusiones los capítulos siguientes: (IV, *Efectos jurídicos de la capacidad física;* V, *Efectos jurídicos de la capacidad intelectual;* VI, *Efectos jurídicos de la capacidad moral;* VII, *Efectos jurídicos de la capacidad económica;* VIII, *Efectos jurídicos de la capacidad civil;* IX, *Efectos jurídicos de la capacidad política;* X, *El mayor derecho del más capaz, ó sea del más fuerte).*

La tesis que el autor desarrolla puede sintetizarse de esta manera: Admitiendo, como no puede menos de admitirse hoy, aunque sin las exageraciones de algunos, que la sociedad es un organismo análogo al cuerpo humano, es preciso admitir también que en ella existe una gran variedad de órganos adscritos á distinta función, y, por consiguiente, que entre ellos tiene que haber una verdadera jerarquía, como la hay en las funciones. De aquí las desigualdades jurídicas entre los hombres, perfectamente legítimas, porque se fundan en las desigualdades procedentes de la naturaleza: desigualdades en la capacidad física, intelectual, moral, económica, civil, política, etc., todas las cuales desigualdades tiene que reflejar, garantizar y proteger el derecho, sin que esto implique el desconocimiento de la igualdad esencial humana, porque estas desigualdades no son permanentes ni indeclinables, como lo fueron en lo pasado, sino que varían, porque, gracias á la continua lucha que en todos los órdenes, y no solo en el económico, que es al que generalmente se contrae, existe entre los hombres, las relaciones entre éstos no son siempre las mismas, sino que los vencedores de hoy, los más fuertes, los más capaces, pueden ser los vencidos de mañana, los más débiles, los menos capaces. En una palabra: el derecho no crea las desigualdades ni la diferente capacidad, sino que sólo las reconoce y garantiza; así que al más capaz y más fuerte le reconoce más derechos que al menos capaz y más debil, pero *no con más intensidad*, pues lo mismo garantiza lo poco que pertenece al debil que lo mucho que pertenece al fuerte.—Por lo demás, la capacidad en los hombres es muy distinta: en unos predomina la fuerza física, en otros la intelectual, en otros la económica, etc., aunque puede suceder que todas ellas se encuentren reunidas en una misma persona, en cuyo caso, esta debe tener más derechos.

Sin entrar en apreciaciones críticas, impropias de una simple nota bibliográfica, nos limitaremos á hacer una pregunta al autor, y, con él, á los lectores, á saber: las desigualdades entre los hombres, ¿son fuente de mayores derechos en los más capaces y de menos en los menos capaces, ó al contra-

Digitized by Google

rio? ¿Qué es lo que tiene el más fuerte, más *derechos* ó más *deberes?* Si el derecho es un orden de prepotencia y de egoísmo, sucederá lo primero; pero si, como yo creo que va implícito en la doctrina del autor, el derecho es un orden de altruismo y de sacrificio, de tal manera que el que más *derechos* tenga sea el *más necesitado* y más débil y el que más *deberes*, el más *fuerte*, el más rico, el más poderoso, etc., en este caso, tiene que suceder lo segundo. Y entonces, lejos de decirse, como dice Cimbali, *El derecho del más fuerte*, debe decirse *El deber del más fuerte* ó *El derecho del más débil.*

***

La ley de Lynch en los Estados Unidos.—Disertación leída en la apertura de la Academia de Derecho de la Universidad de la Habana, por el *Dr. D. José A. González Lanuza*, Catedrático de Derecho penal. Habana 1892; 104 págs.

El linchamiento de Nueva Orleans, en los Estados Unidos de América, ocurrido en Marzo de 1891, y por el que varios italianos, «absueltos por el fallo de un Tribunal legítima y constitucionalmente constituído, habían sido arrebatados por el pueblo en masa de la prisión en que aun se encontraban, y por el mismo pueblo *ejecutados* tumultuosamente, sin forma de juicio, sin aspecto siquiera de proceso criminal», es un acontecimiento que se sale de lo normal, que revela una forma verdaderamente inusitada de administrar justicia en un país civilizado, y que, por lo mismo, tenía que llamar fuertemente la atención de quien juzga que los hechos sociales no son producto del capricho ni producidos espontáneamente, sino que son el resultado indeclinable de causas dadas. Por eso, la matanza de Nueva Orleans no pudo menos de despertar en el ánimo de las personas que se preocupan con el estudio de referidos hechos sociales ciertos problemas que, aunque no nuevos (porque tampoco lo era en los Estados Unidos el suceso que los motivara), quizá hubieran permanecido latentes á no ocurrir aquél. Y cabalmente la circunstancia de existir ya varios, acaso pudiera decirse numerosos, precedentes del linchamiento en la Gran República norteamericana, era una razon de más para que el de 1891 obligara á ponerse como objeto de estudio un fenómeno como el llamado *Lynching*, cuyas causas, á juzgar por la repetición del efecto, debían hallarse muy arraigadas y persistentes en el pueblo yankee, hasta el punto de haber convertido la, para nosotros, europeos, extraña práctica en un verdadero derecho, *Lynch Law*.

A estos motivos obedece, por lo que puede inferirse de la lectura del mismo, la publicación del trabajo del Sr. González Lanuza, el cual no se propone estudiar el linchamiento de Nueva Orleans desde el punto de vista de las relaciones internacionales, como lo han hecho varios autores que cita, sino bajo otro aspecto, que él dice, con razón, á mi juicio, más interesante, á sa-

Digitized by Google

ber: «como un fenómeno de orden social, no sólo en sí mismo, abstractamente, sino con relación al medio en que ese fenómeno se produce, á las condiciones particulares del pueblo en que se origina, al modo de ser especialísimo de aquellos hombres que ponen en práctica la famosa *Ley* y de aquellas opiniones que ellos tienen sobre lo que se llama el *self government* y sobre lo que debe ser y puede ser la intervención directa de los ciudadanos en los asuntos públicos». Expresando en dos palabras sus propósitos, podríamos decir que, mientras los demás publicistas que han escrito sobre el suceso de que se trata, lo han hecho como jurisconsultos y con un criterio puramente *jurídico*, nuestro autor quiere considerarlo á la luz de los principios *sociológicos*.

Su trabajo reviste, en efecto, este último carácter. En él se expone con gran detenimiento la naturaleza y el origen de la *Lynch Law*, su desarrollo, sus formas, toda su historia, es decir, la manera cómo fué paulatinamente arraigando en la vida del pueblo norteamericano, extendiéndose de unos puntos á otros, hasta constituir una costumbre, con toda la fuerza jurídica que ésta tiene; en él se dice que el *lynching* no se aplica á todos los delitos, sino sólo á algunos que aquel pueblo considera como *más graves;* en él se indican los *efectos* que los linchamientos produjeron allí donde se comenzaron á emplear, esto es, limpiar el país de criminales (como en San Francisco de California), por cuya razón, las demás regiones comenzaron á seguir su ejemplo; en él se discute, á propósito del suceso de Nueva Orleans, la reciente cuestión del delito colectivo, con conocimiento y competencia; en él se juzga la práctica del *lynching*, no á la luz de principios de absoluta justicia que, para nuestro autor, son una utopía, no conforme á una regla de derecho natural, «inmutable, absoluta, eternamente buena, duradera, con su bondad inmaculada por todos los siglos, conveniente siempre, siempre, siempre», regla cuya existencia él niega, si no con criterio netamente utilitario «único racional y posible», dice, esto es, por los resultados que dicha práctica ha producido; en él estudia y considera el Sr. González Lanuza al *lynching* como una costumbre que, por los excelentes efectos que con ella se han conseguido, si bien recibida por todos, ha llegado á adquirir carta de naturaleza, y probablemente se impondrá en lo porvenir con tal fuerza, que no tendrá más remedio que ser escrita en las leyes, aceptada y regulada por el derecho positivo; en él, por último, lejos de declamar contra el linchamiento, ahuecando la voz y amontonando frases y palabras que no pasan de ser un desahogo pueril, de que sólo ciertos espíritus hacen caso, se le considera como un hecho digno de toda atención y de detenido examen, como un hecho que por su generalidad, por la frecuencia con que se repite, por las consecuencias que produce y puede producir, debe ser analizado y juzgado con relación al pueblo particular en que acaece y con relación á las particulares circunstancias en que tiene lugar. Sólo de esta manera es como puede ser acertado el juicio que se forme de un fenómeno social tan importante como el *lynching*. Y el ilustrado

Digitized by Google

profesor de la Habana, que se coloca en este punto de vista, no ve con malos ojos semejante práctica, aunque no la práctica de linchar sin proceso alguno, por sumarísimo que sea—cual aconteció en el caso de Nueva Orleans—sino la práctica del *linching* genuino y verdadero, que consiste en que el pueblo proceda á ejecutar, previo proceso sumario y público, á aquellos delicuentes que han cometido alguno de los grandes crímenes que hieren profundamente la conciencia pública.

Aparte el mérito que acabamos de reconocer en el trabajo del Sr. Lanuza, esto es, el de haberse sabido colocar en un punto de vista, á nuestro entender verdadero, aunque no debe ser exclusivo, como él lo hace, tiene también el de haber estudiado la materia con toda la detención que merece y el de aprovechar para este estudio los tratados más importantes de la ciencia penal contemporánea.

Ahora, entre varias otras observaciones que la lectura atenta de la disertación del Sr. González Lanuza nos ha sugerido, y que ni siquiera nos consiente apuntar la estrechez de límites en que una nota, como la presente, tiene que encerrarse, queremos señalar las siguientes, como más importantes, y que tampoco podemos desenvolver: 1.ª El Sr. González Lanuza, ha hecho su discurso con el propósito *preconcebido*, manifiesto, de encontrar en la práctica del *lynching* una confirmación de las doctrinas de la nueva escuela penal italiana, de que tan ferviente partidario se manifiesta, incluso en el carácter de inhumana ferocidad que la misma reviste, y que es, á mi juicio, uno de sus mayores lunares, de que seguramente habrá de purgarse. Por eso, las palabras que como conclusión del discurso pone, á saber: que el estudio del *linchiag*, *comprueba* muchas doctrinas de la moderna ciencia penal, pudo ponerlas perfectamente como tesis al comienzo del mismo, diciendo: *voy á demostrar* que el *lynching* comprueba, etc. 2.ª De aquí proviene el exclusivismo que ya hemos indicado tocante á su criterio, por lo demás muy atendible. En efecto, aunque para juzgar el fenómeno social de que se trata, hay que tomar en cuenta las circunstancias particulares del pueblo en que se produce, y su particular conveniencia, hay que tener presente también la conveniencia de todos los demás pueblos que con el yankee forman la humanidad civilizada, y á cuya conveniencia, que es tanto como decir á la justicia, tal y como hoy la concebimos, podría oponerse el *lynching*.

El Sr. González Lanuza, que conoce las exigencias que impone un estudio realmente sociológico, comprenderá que no es posible en la actualidad encerrar en los estrechos confines de un Estado, por importante que sea, un hecho de la transcendencia que envuelve el que nos ocupa, y prescindir, al juzgarlo, de todos los otros pueblos con los que necesariamente ha de hallarse aquél en relación; porque tanto como al pueblo en que el fenómeno se produce puede éste afectar é interesar á los demás. Prescindir de la conveniencia de estos y ceñirse tan sólo á la conveniencia (real ó aparente) de

Digitized by Google

aquél, es un sistema que podría tener su disculpa en pasados tiempos, cuando se creía que la vida de cada nación se producía independientemente de la de las otras, pero, al que en el día de hoy no puede ciertamente atribuirse valor científico alguno.—Sobre que deben hacerse todo género de reservas acerca de los saludables efectos que el autor atribuye á los comités de vigilancia y seguridad de San Francisco de California, esto es, el haber extirpado en este país la criminalidad, ó al menos «la grande y alta criminalidad, el delito endémico, la delincuencia soberbia y arrogante», y aun dando por supuesto que tal fenómeno sea innegable y que obedezca á la única causa á que lo atribuye el Sr. Fernández Lanuza, queda siempre por discutir lo siguiente: si tal resultado puede lícitamente buscarse por los procedimientos del *lynching*, (entendiendo por *lícito* lo útil, como el autor lo entiende), ó si la utilidad y conveniencia de las naciones civilizadas—lo que podríamos decir el *altruismo social* é *internacional*—no se resiente y no queda sacrificado al *egoísmo particularista* (que no hay que confundir con la utilidad verdadera) del pueblo yankee.

También entendemos que son muy discutibles algunas afirmaciones que de pasada hace el Sr. Lanuza, y que constituyen como las columnas de la escuela antropológica italiana, de cuyas teorías se profesa secuaz; tal ocurre con las siguientes: que la naturaleza y el fin verdadero de la pena es el de ser una *pura medida represiva;* que el fundamento de la función social de represión está en la necesidad de la *defensa social;* que para apreciar la proporción penal, debe atenderse al grado de *temibilidad* del culpable y al *móvil* del delito, etc., etc.

Con todo, la disertación del Sr. González Lanuza es digna de la mayor atención por el estudio que hace de un hecho social de la importancia del *lynching*, por querer considerarlo á la luz de los principios de la ciencia penal moderna, y porque revela que en la única escuela de derecho que España tiene allende los mares debe gozarse bastante más libertad científica que en la mayor parte de los centros análogos de la Península. Muchas veces, al leer en el discurso del Sr. González Lanuza ciertas aseveraciones valientes, y hasta podría decir aventuradas, me he dicho para mis adentros: El Claustro de derecho de la Universidad de la Habana, debe estar compuesto de hombres, ó muy afines á las ideas del Sr. Lanuza, ó de gran tolerancia científica; porque si aquí, en la madre patria, algún profesor se hubiese permitido hablar en ocasión análoga á la en que el Sr. Lanuza ha hablado en la forma en que éste lo ha hecho, ¡Dios sabe lo que hubiera sucedido! Y si no puede decirse esto de todas nuestras Universidades, de algunas seguramente sí.

***

Digitized by Google

La scienza del Diritto privato. (Rivista critica di filosofia giuridica, legislazione e giurisprudenza), dirigida por los *Sres. D'Aguanno y Tortori,* Abogados.

Es ésta una revista que ha nacido con el propósito de aplicar al derecho privado los nuevos métodos de investigación y los resultados últimos de las ciencias experimentales. Sus Directores se proponen contribuir con ella á la reforma que debe operarse en esta esfera del derecho, como se ha operado ya en otras, con arreglo á principios y criterio rigorosamente científico. Entre sus colaboradores se cuentan jurisconsultos y civilistas tan distinguidos como Carle, Gabba, Cogliolo, Gianturco, Salvioli, Vadalà Papale, Brigi, Chironi, Polacco, A. Majorana y otros.

En el núm. 1.° (Enero de 1893), publica interesantes artículos de los directores y de Vadalà-Papale, así como también una sección de bibliografía, crónica del movimiento legislativo, etc.

PEDRO DORADO,
Catedrático de derecho penal
en la Universidad de Salamanca.

Antropología criminal. Consideraciones sobre el informe presentado al tercer Congreso antropológico de Bruselas, por los *Doctores M. De Boeck* y *M. Paul Otlet*, acerca de las *Prisiones asilos* (1).

La cuestión de los Asilos especiales destinados á delincuentes afectos de enajenación mental, reviste un interés extraordinario, y preocupa seriamente la atención de los jurisconsultos que siguen con avidez la creciente influencia de la Antropología en los problemas del Derecho penal moderno.

Porque, en efecto, la ciencia del Derecho, invocando los principios de la ciencia antropológica, es la llamada á resolver si muchos crímenes que por su ferocidad ponen miedo en el ánimo y tribulación en el espíritu, son obra de inteligencias pervertidas y malvadas, ó tal vez, esos delitos horribles no revisten sino la forma de una de las múltiples manifestaciones de la locura, cuyos fenómenos pertenecen al dominio de una detenida y concienzuda experimentación médica. Arrójese enhorabuena á las sombrías mansiones del presidio al hombre que voluntaria y conscientemente delinquió; pero vaya al manicomio el pobre loco, cuyos actos, por tristísimas que sus consecuencias fueren, no son sino la labor incoherente de un cerebro informe y perturbado.

---

(1) *Les prisons asiles* et les reformes penales qu'elles entrainent, par M. le Dr. De Boeck y M. Paul Otlet (Extrait du compte rendu du troisième Congrès d'anthropologie criminelle, tenú á Bruxelles en 1892). Bruxelles. F. Hayez, rue Louvain, 112; 1892.

Digitized by Google

Y aun la cuestión transcendental de la locura ofrece interesante aspecto relacionándola, no ya con quienes delinquieron en estado de demencia, sino con los que durante el proceso ó cumpliendo la condena recayeren en locura. Queremos referirnos á aquellos desgraciados que, por alcoholismo, perversión de costumbres, monomanías perjudiciales, etc., son un constante peligro para sí mismos y para la general tranquilidad de los demás. Estos infelices enfermos del espíritu podrán no haber realizado determinados crímenes que forzosamente les sujete á las contingencias de un proceso, pero no por ello dejan de entrañar una categoría importantísima de locos, muy distinta á la verdad de los destinados á los manicomios ordinarios.

El problema de la locura en orden al Derecho presenta, por lo expuesto, diversos términos, perfectamente estudiados en el informe de los ilustres congresistas de Bruselas, y que han de ser desenvueltos de modo explícito en los futuros proyectos legislativos de España sobre tan transcendental asunto.

Aun cuando en la reseña histórica del notable estudio ofrecido por MM. De Boeck y Paul Otlet al Congreso antropológico, no se hace mención de nuestra patria, justo es reconocer que desde 1886 se han hecho esfuerzos muy plausibles para llevar á la práctica la creación de Asilos especiales destinados á locos delincuentes.

Un Real Decreto sancionado en 13 de Diciembre de 1886, invocando cuerdamente lo legislado en extranjeros países, ordenaba al efecto, dentro del breve plazo de tres meses, la redacción de un proyecto legislativo para la construcción en Madrid ó sus inmediaciones de un Asilo especial, destinado á la reclusión de delincuentes procesados, ó condenados afectados de enfermedad mental, y para aquellos meramente sospechosos de locura, cuando los Tribunales ordenasen la observación facultativa.

Transcurrieron muchos años sobre el plazo de tres meses otorgado en aquel Decreto, cuando por otro de 27 de Octubre de 1891 se concedía al Manicomio provincial de Madrid carácter de regional, bajo la condición inexcusable de destinar un departamento á Asilo-prisión de delincuentes en estado de demencia. Esto, y las disposiciones del Real decreto de 5 de Diciembre de 1892 sobre antropometría é intervención del Médico forense al ser interrogado ante el Juez de instrucción el presunto culpable, es todo lo hecho, y es bien poco, en tan delicada materia (1).

(1) Necesario es, sin embargo, reformar los datos exigidos por ese decreto en las hojas que se remiten al Registro y que se hacen constar en el proceso sobre la persona del procesado. El Círculo de estudios de la Nueva Abogacía de Bruselas, discutió en Junio último esta tesis: «Con la ayuda de índices tan significativos como sea posible, será permitido á los Jueces y á los Letrados apreciar la oportunidad de un examen médico acerca de las facultades intelectuales del procesado»; por lo cual, como acertadamente escriben MM. De Boeck y Paul Otlet, la hoja de antecedentes debería contener indicaciones bastantes sobre la personalidad psicológica y fisiológica del procesado.

Digitized by Google

Creemos, por tanto, que cuantos se interesan por el progreso en nuestra patria de los estudios del Derecho criminal, verán con agrado el proyecto de Asilos-prisiones, presentado al Congreso antropológico de Bruselas por los ilustres M. De Boeck, Médico de la Casa de sanidad de Uccle, y M. Otlet, Abogado de la Corte de Apelación; proyecto precedido de un notabilísimo estudio sobre tan importante asunto.

En dicho informe, que recomendamos á la consideración de los jurisconsultos españoles, después de una reseña histórica que arranca desde la creación en Inglaterra (1800) del Asilo de Bedlam, hasta el interesante proyecto legislativo formulado en Italia en 1.° de Octubre de 1891, se clasifican los asilados en tres categorías, á saber: 1.ª, enajenados, dichos peligrosos ó criminales: 2.ª, condenados recaídos en locura: 3.ª, procesados alienados.

Muy acertadamente se sostiene en el cuerpo del informe de los distinguidos congresistas de Bruselas, que los enajenados de la primera de las tres categorías no deben ser recluídos en los manicomios ordinarios, sino en los Asilos especiales. Entre otras muchas consideraciones, ante las cuales significa bien poco la pérdida de la libertad sin delito realmente cometido, existe la razón experimental de que tales enfermos son, por sus actos agresivos y su conducta indisciplinada, motivo de repulsión para los otros dementes, que les consideran, y así debe admitirse, como verdaderos delincuentes. Y ¿quiénes son los alienados dichos perjudiciales? Con la autoridad de M. Lentz, los clasifica la monografía que estudiamos en las siguientes subcategorías: 1.ª, dementes que tienen una tendencia invencible á la evasión, y que por todos los medios posibles procuran realizarla: 2.ª, alienados de enfermedades impulsivas, es decir, que son víctimas, más ó menos súbitamente, de accesos de furor ó de violencia que comprometen la seguridad de sus compañeros de infortunio: 3.ª, delirantes ó alucinados que combinan en frío proyectos de venganza y no perdonan medio de ponerlos en ejecución.

Racional es, como sabiamente escriben MM. De Boeck y Otlet, no confundir estos enajenados peligrosos con los dementes de los Asilos ordinarios. El sistema de reclusión de esos desgraciados debe ser tanto hospitalario como penitenciario, pues si quiere sostenerse que no son en algún caso responsables de un delito determinado, hay que convenir en que sus actos son siempre peligrosos y atentatorios á la seguridad de sí mismos y á la de los demás.

En cuanto á la segunda categoría, ó sea la de los condenados alienados, lo propio que respecto á la tercera, relativa á los procesados que en el curso de la instrucción ó al incoarse ésta se hallan en estado de locura, claro es que los dementes en ellas comprendidos, ni deben ocupar plaza en los establecimientos penitenciarios, ni tampoco ser recluídos en los manicomios ordinarios.

En conclusión, el informe presentado al Congreso antropológico por los

Digitized by Google

dos ilustres congresistas MM. De Boeck y Otlet, es un estudio notabilísimo, y en España, donde se ha procurado instituir un Asilo penitenciario para delincuentes enfermos y ancianos (decreto de 13 de Diciembre de 1886), y se ha intentado la creación de asilos especiales de delincuentes, claro es que tanto las doctrinas del informe como el proyecto de ley depositado en la mesa del Congreso antropológico han de reportar provechosa utilidad.

He aquí, finalmente, el proyecto legislativo con que termina la notable monografía de MM. De Boeck y Paul Otlet sobre las Prisiones-asilos:

Art. 1.° Serán establecidos á costa del Gobierno, bajo la denominación de *Asilos especiales del Estado,* establecimientos destinados á la reclusión y tratamiento de los enajenados de ambos sexos, que son objeto de la presente ley.

Art. 2.° Estos Asilos serán destinados:

A.—A todos aquellos que, bien encontrándose en un asilo de enajenados, bien fuera de él, se hallen en estado de enajenación mental y tengan costumbres depravadas ó hábitos perversos, ó hayan cometido, ó intenten cometer, actos cualificados de delitos por la ley.

B.—A aquellos que, condenados á penas de privación de libertad por delitos, sean atacados de enfermedad mental durante el tiempo del cumplimiento de la pena.

C.—A todos los procesados por delito, cuando hayan sido probados los hechos materiales de la infracción, y cuyo estado de demencia hubiese sido reconocido por experimentación facultativa.

Art. 3.° La entrada en el Asilo especial de enajenados criminales y de detenidos locos será ordenada por el Presidente del Tribunal, previo certificado médico declarativo de que el acusado ó detenido se halla en las condiciones de enajenación exigidas por la ley.

La entrada en el Asilo de los procesados enviados en consecuencia del curso de las actuaciones judiciales por virtud de sentencia condenatòria, ó por quedar absueltos en la causa en razón á su locura, se hará por simple acuerdo del Tribunal del juicio ó por orden de la Cámara del Consejo. En materia criminal, el Juez deberá declarar que su resolución es por motivo de enajenación mental, y el Tribunal superior, en consecuencia de este veredicto, deberá ordenar el traslado del acusado al Asilo especial.

Art. 4.° La salida tendrá lugar previo certificado del médico del Asilo especial, visado por el Presidente del Tribunal.

Para los alienados peligrosos, ese certificado expresará que el alienado ha cesado de manifestar tendencias y hábitos ó costumbres depravadas. Aquéllos serán entonces trasladados al asilo ordinario, ó puestos en libertad si la enfermedad mental ha terminado.

Los detenidos dementes continuarán en todo caso en el Asilo, siempre que la enfermedad no permita la vuelta á la prisión.

Digitized by Google

Art. 5.° El tiempo que hayan permanecido los condenados en el Asilo especial les será abonado para la duración de la pena.

Art. 6.° Toda persona detenida en un Asilo especial del Estado, ó cualquiera persona interesada en su nombre, podrá en todo tiempo comparecer ante el Presidente del Tribunal de primera instancia, residente en el lugar del Asilo, solicitando por escrito que el asilado sea puesto fuera del Establecimiento.

El Presidente del Tribunal resolverá después del informe del médico-director, pudiendo hacer suscriban ese informe médicos extraños al Asilo.

Art. 7.° La observación facultativa deberá ser ordenada, bien por el Juez de instrucción, bien por el Tribunal, como deber de instrucción, siempre que los datos sumariales relativos á la persona del procesado sean de tal naturaleza, que permitan presumir la enajenación mental.

***

Estudios jurídicos, por el *Dr. D. Francisco Ochoa.*—Libro de 230 páginas.—Macaraibo, 1892.

El Doctor Ochoa, distinguido Abogado de Venezuela, ha coleccionado en un libro, que por ello resulta interesante, quince notables artículos, verdaderos estudios jurídicos, sobre importantes cuestiones de derecho penal, mercantil, político y civil; colección que el autor presenta como ofrenda con motivo del 4.° aniversario del descubrimiento de América.

Hemos leído con detención ese discretísimo trabajo, en el cual hay disertaciones tan curiosas como la del sufragio universal obligatorio, estudio de innegable oportunidad en la República de Venezuela, porque tal reforma es una de las que habrán de someterse en breve á las legislaturas de los Estados por el Congreso de la República, y que en el viejo Continente no parecerá tampoco labor inoportuna, supuesto el abandono de ese importantísimo derecho y las mixtificaciones á que su ejercicio se presta.

***

Revista de Legislación y Jurisprudencia, dirigida por *D. Manuel S. Angarita.*—Bogotá, Colombia; 1893, núm. 1.

Hemos recibido el primer número de esta Revista, que el Doctor Angarita, incansable en la propagación de los estudios jurídicos en la nueva América, ha empezado á publicar recientemente.

Conocida la laboriosidad y competencia del Doctor Angarita, es de creer que el nuevo esfuerzo que representa la publicación de la Revista se vea coronado por el éxito tan completo como merecido que en todas sus muchas obras jurídicas viene obteniendo el Director de la nueva *Revista de Legislación.*

***

Digitized by Google

La Justicia Municipal, por *D. Diego Cámara y Ortiz*, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.—Folleto de 112 páginas, 1 peseta.—Madrid, 1892.

Con ese título hemos leído un curioso trabajo proponiendo reformas en la justicia municipal, y examinando con rectitud de criterio los precedentes legales de la cuestión desde 1835 hasta los proyectos del Sr. Villaverde, y opiniones contenidas en las Memorias del Fiscal del Supremo en 1890 y 1891.

Son muy dignas de consideración las doce conclusiones en que el autor condensa sus proyectos de reforma, si bien es de creer que interin la administración de justicia se organice por articulados de las leyes de Presupuestos, ni la justicia municipal, tan necesitada de acertada reforma, ni el procedimiento correccional para delitos flagrantes, sabiamente instaurado en Francia por la ley de 20 de Mayo de 1863, ni cuanto en general se relaciona con institución tan importante como el Poder judicial, pueda—debido á causas circunstanciales que creemos transitorias—ser debidamente organizado en nuestro país.

***

Elementos de Derecho penal, por *D. Ramón Ramiro Rueda*, Profesor de la Universidad de Santiago.—Dos tomos; tercera edición. Santiago, 1891.

El docto Catedrático de la Universidad de Santiago, Sr. Rueda, ha publicado la tercera edición de su obra *Elementos de Derecho penal*, notablemente corregida y aumentada sobre las otras ediciones anteriores.

Como libro didáctico, es el que hemos examinado seguramente uno de los más adecuados para formar en la inteligencia de los jóvenes alumnos ese caudal de conocimientos rudimentarios, que más tarde sirven como de iniciación valiosa para resolver los abstractos problemas de la ciencia del Derecho. Y este es, á la verdad, el más justificado elogio que de la obra del señor Rueda puede hacerse.

El orden de exposición doctrinal es una labor sobradamente difícil en libros dedicados á la enseñanza; porque sintetizar en lecciones que de modo gradual é insensible conduzcan al alumno desde las primeras y desconocidas nociones, á la posesión completa de los principios que informan la ciencia que haya de estudiarse, ha sido siempre un escollo, trabajosamente salvado por los autores de obras de texto. El Profesor de la Universidad de Santiago ha tenido, á nuestro juicio, la fortuna de triunfar resueltamente de tales dificultades. Aparte de que en lecciones como la 11.ª del primer volumen, el autor revela al hombre pensador y estudioso, versado en los misterios del Derecho penal, en el método de su apreciable libro se dibujan claramente las aptitudes del Catedrático que, amaestrado por la diaria enseñanza,

Digitized by Google

resume en un bien meditado plan todas las diversas materias de la no poco extensa asignatura de la Ciencia penal.

En efecto; después de un discreto estudio crítico de nuestro Código de 1870, el Sr. Rueda hace descender del enunciado que titula *De la culpabilidad en general*, la idea del delito, las causas de imputabilidad y las de justificación; examinando la culpabilidad en su gradación mayor ó menor, tanto por el desarrollo en la generación del acto punible, como en orden á la culpabilidad del sujeto responsable, ó, finalmente, por aquellas circunstancias atenuantes ó agravantes de la imputabilidad. No se olvida tampoco el autor de los delitos especiales; estudio muy acertado que se desarrolla en el capítulo final del tomo primero.

En el tomo segundo, bajo el epígrafe *De la penalidad*, se ocupa el libro que tenemos á la vista de la idea de la pena, de su clasificación, naturaleza y duración; de la extinción de las responsabilidades criminal y civil, y de los delitos todos que castiga el vigente Código.

Tal es, en breves líneas condensado, el importante libro *Elementos de Derecho penal*, digno fruto del estudio de un tan distinguido Profesor como el Sr. Rueda Neira.

*
* *

De la irretroactividad é interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada, por *Pascuale Fiore*, Profesor de la Universidad de Nápoles, traducido por D. Enrique Aguilera de Paz; libro de 581 págs. Imprenta de la REVISTA DE LEGISLACIÓN; Madrid 1893. Precio, 8 pesetas.

El nombre del sabio Profesor de la Universidad de Nápoles, suficientemente conocido por sus obras jurídicas, siempre recibidas con aprecio entre los jurisconsultos españoles, es la mejor garantía del indiscutible mérito de la obra que la Empresa editorial de la REVISTA acaba de publicar.

Pascuale Fiore, conocedor del movimiento progresivo de nuestro derecho patrio, y de la necesidad de poner en armonía las relaciones jurídicas establecidas al amparo de la antigua ley, con las creadas á la sombra de las nuevas legislaciones, ha ideado felizmente escribir un luminoso estudio crítico dedicado á los jurisconsultos de nuestra Nación, donde la promulgación del reciente Código civil y de las no muy remotas leyes de procedimiento civil y criminal, y Código penal de 1870, reviste de gran oportunidad á la obra del jurisconsulto italiano.

Con un método tan sencillo como plausible por su precisión y perfecta claridad, se desarrolla en el interesante libro que tenemos á la vista la materia originalísima de la no retroactividad de las leyes, relacionando este asunto con la idea del Derecho y de la ley, y el concepto de la autoridad de esta última como expresión de la soberanía residente en la posesión de hecho ó ju-

Digitized by Google

ridica, de quien tenga facultad para mandar, permitir y prohibir, y medios para hacer respetar sus preceptos imperativos.

Partiendo de estos principios, enlazados con la idea de la autoridad de las leyes antiguas y la de las leyes nuevas, estudia el ilustre Fiore la teoría de la irretroactividad en relación al estado de las personas y de su respectiva condición jurídica, ya por los derechos de ciudadanía, ya en el estado de derecho que la ausencia produce, ya en los que se originan de la familia, ya, finalmente, de las relaciones del hombre en orden á las cosas, á la sucesión testamentaria, y á las obligaciones y contratos. Analízase en otra diferente sección el debatido problema de la aplicación á las leyes penales del principio de la irretroactividad, y después de estudiar bajo todos sus aspectos tan interesante postulado, se soluciona aquél de modo explícito, y sin permitir que en el ánimo del lector queden sombras siquiera de duda que le impidan poseer la verdad en tan abstracto teorema.

Igual claridad y determinacion de concepto es de observarse en lo que se refiere á la exposición de la doctrina sobre los derechos creados en materia de procedimiento civil y criminal, y autoridad de las sentencias pronunciadas por los Tribunales antes de entrar en vigor la nueva ley reformadora.

El Profesor italiano dedica muy discretamente una sección especial á la exposición crítica de la interpretación de las leyes conforme á las reglas de la gramática, á los principios de la ideología y á los enunciados de la lógica; estudio no menos interesante, y que sirve de natural complemento á la teoría sobre la irretroactividad de las leyes.

Tal es sintéticamente analizada la nueva obra del laborioso escritor Pascuale Fiore, cuya traducción esmeradísima y exenta de esas incorrecciones, tan frecuentes en trabajos cuyo original no se escribió en nuestro idioma, ha sabido evitar la reconocida competencia jurídica del discretísimo letrado Sr. Aguilera de Paz.

***

Reorganización del Notariado, del Registro de la propiedad y de la Administración de justicia, por *Joaquín Costa*, Profesor en la Institución libre de enseñanza; Madrid. Imprenta de la REVISTA DE LEGISLACIÓN, 1890-93; libro de 347 págs. Precio: 5 pesetas.

Es el Sr. Costa un laborioso y muy fecundo escritor jurídico, y claro es, que la nueva obra, cuyo título acabamos de exponer, habrá de ofrecernos una elocuente prueba de su discreción y suma competencia en la original y reformadora materia que le sirve de objeto.

Dentro de los estrechos límites de una mera nota bibliográfica, no puede amoldarse un juicio crítico sobre las trascendentales reformas que en el Estudio del Profesor de la Institución libre razonadamente se exponen como necesarias á los importantísimos órganos del Notariado, del Registro de la

Digitized by Google

propiedad y de la Administración de justicia. El Sr. Costa—y en este particular nos hallamos absolutamente conformes—entiende que el Notariado, importantísima institución en los modernos tiempos, necesita profundas modificaciones; y cree, asimismo, que el crédito territorial precisa recobrar su independencia y su libertad de acción, entendiendo, por último, en cuanto á la administración de justicia, que se hace imposible meditar seriamente acerca de la llamada jurisprudencia, cuya fuente reside hoy de modo exclusivo en la doctrina del tribunal de casación, y á la cual se someten incondicionalmente todos los tribunales inferiores ante el temor de ver anulados sus fallos, los cuales en realidad pudieran, siendo uniformes y adaptados á la ley, formar un verdadero cuerpo de jurisprudencia, encomendado, como está, á todos los organismos judiciales la recta interpretación del derecho positivo.

Son, finalmente, muy oportunas las referencias á legislaciones extranjeras, consignadas en la obra del Sr. Costa; y aun cuando por lo radical y extraordinario de las reformas propuestas no puedan éstas ser aceptadas sin laboriosas discusiones, la obra del Sr. Costa es muy digna de la meditación de los jurisconsultos que siguen con perseverancia el movimiento progresivo de la ciencia en nuestro país.

P. González del Alba,
Magistrado de la Audiencia territorial de Granada.

Giusseppe Cimbali. **La volontá umana in rapporto all'organismo naturale, sociale e giuridico.**—Roma, Fratelli Boca, editori; 1889.

Con una muy elocuente introducción, empieza notando el autor el marcado contraste que puede observarse en la civilización moderna, donde si, por una parte, nunca, como en ella, se mostró tan poderosa y tan fecunda la actividad humana, y bien claramente lo pregonan los innumerables descubrimientos de las ciencias y las prodigiosas aplicaciones que han recibido en la práctica; nunca tampoco, de otro lado, fueron tan grandes el desaliento y la falta de fe en el valor y eficacia de nuestras facultades, la desestima de toda nuestra vida, que con razón podría llamarse el siglo actual, el siglo del pesimismo.

Este estado de profunda crisis, que trasciende á todas las manifestaciones de la actividad espiritual, y cuyas causas, como acertadamente señala Cimbali, están en la caída de los antiguos ideales y en la carencia de otros que vengan como á reemplazarlos, resultado á que no han conducido aun los trabajos de la ciencia moderna, que hasta ahora más han revestido carácter *negativo* que *positivo* ó de afirmación; este estado, digo, llega á su expresión más notable en las conclusiones á que lleva el sentido en que se inspiran las escuelas de filosofía positiva, para quienes, privado el hombre de la más alta

Digitized by Google

de sus propiedades, *la libertad;* de rey de la creación en que era antes tenido, pasar á ser, como todo en el mundo, un mero producto de fuerzas, internas ó externas (resumidas en la palabra *ambiente*), pero siempre superiores á los esfuerzos de su voluntad.

Para reivindicar, pues, en los estudios de moral y de derecho, á los cuales en la mayor parte alcanzan, como no podia menos, las consecuencias de esta total renovación científica, precisa, ante todo, y tomando las cosas desde su raíz, afirmar la autonomía de la conciencia humana, contraponer al hombre regido por el motivo y esclavo de él, el hombre dueño de sí, y que, si no arbitrariamente, se determina á obrar siempre por propio y voluntario impulso.

Tal es el objeto del opúsculo que motiva esta noticia, y el cual, respondiendo á su título, divide el autor en tres partes, destinadas á tratar respectivamente del papel que la voluntad cumple en los organismos natural, social y jurídico, y en las que, como era natural, dado el propósito de aquél, se recogen las más interesantes cuestiones que el estudio de la voluntad ha suscitado siempre, desde la afirmación del libre arbitrio hasta las relativas á la capacidad jurídica en toda clase de relaciones de este género.

El criterio mantenido por Cimbali es, como ya se ha dicho, la afirmación constante de la libertad humana, frente á las conclusiones de la Antropología, de la Sociología y de los recientes estudios de Filosofía positiva del derecho; y su punto de vista en lo tocante á los fundamentales conceptos de libertad, sociedad y derecho, puede decirse que es el corriente entre las escuelas de filosofía espiritualista, salvo en la parte segunda, donde al tratar de la sociedad se muestra partidario del «organismo contractual» de Fouillée, concepción que cree encontrar ya en la obra de Spedalieri: bien que aquí también, de los dos elementos de cuya superior composición aquélla surge, más que al elemento de lo orgánico, atiende el autor con preferencia al elemento de la voluntad ó del contrato.

Y aquí nos parece que podría observarse con razón á Cimbali que el sentido en que en el curso del trabajo no deja de inspirarse un momento, no es ciertamente el más apropósito para llegar, como parece que era su objeto, á aquel terreno de «prudenti affirmazioni», á aquella «piu consentanea teoria» acerca de la voluntad en los actos jurídicos, como dice con palabras tomadas de Cogliolo, en que ha de realizarse la armonía ó acuerdo de las dos tendencias, la antigua ó espiritualista y la nueva ó positiva.

Y por lo que respecta á la teoría del «organismo contractual», evidentemente para los sostenedores de esta doctrina, la palabra contrato tiene, como Vanni advierte (1), una bien distinta significación de la que hasta ahora se ha

(1) Véase *Gli studi de Henry Sumner Maine e la doctrina de la filosofia del diritto*, de que en el número anterior de la REVISTA se dió cuenta.

Digitized by Google

venido atribuyendo, y tan amplia, que allí donde el hombre se mueve por propia determinación y voluntario impulso, y por consiguiente, en todas las relaciones de derecho, por ser de la esencia de éste el obrar libre; allí ponen los mencionados escritores la naturaleza del contrato, de lo cual resulta que en éste viene á fundarse todo el orden jurídico, ó en otros términos, que toda relación de derecho viene á ser relación contractual. Concepción esta que, sin embargo, no coincide por completo con la de la antigua escuela abstracta; bien que, á pesar de todo, claro es que no sería difícil mostrar la influencia en varios respectos de la una sobre el pensamiento de los partidarios de la otra.

Con esta breve indicación que hemos hecho de las materias contenidas en el libro de Giusseppe Cimbali, *La volontá umana*, etc., demás está decir que siendo éstas de las que por su importancia han de preocupar siempre el pensamiento, y siendo, por otra parte, notables el buen orden y la claridad con que el autor las expone y no muy escasa la parte de erudición en que las apoya, tenemos como muy apreciable la lectura del trabajo del escritor taliano.

JESÚS ARIAS DE VELASCO,
Doctor en Derecho.

Apéndice 2.° al Manual de la legislación del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, en forma de diccionario, por *D. Salvador Rocafull y Castro.*

Comprende este Apéndice las disposiciones dictadas recientemente sobre dicho impuesto y las que por su relación con el mismo interesan á los funcionarios encargados de su administración y liquidación, con notas para su inteligencia y la doctrina sentada por resoluciones oficiales posteriores á la segunda edición del *Manual.*

A más inserta el Reglamento provisional para el procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, al que han de ajustarse las que de la liquidación del impuesto se originen, y las principales disposiciones sobre el Timbre del Estado, que tanto interesan á los liquidadores y á los contribuyentes en general, concluyendo con un índice alfabético que pone en relación el Apéndice con la obra, facilitando su consulta.

El Sr. Rocafull, Registrador de la propiedad de Sagunto, ha pertenecido al Cuerpo de Letrados de Hacienda, y su notable obra fué declarada de mérito y utilidad por Real orden de 3 de Febrero de 1876 y circular del mismo mes.

No hay, pues, que encomiar un trabajo que tan señalada distinción ha

Digitized by Google

merecido, cuyas circunstancias reconocen también sus compañeros, y cuantos tienen diariamente necesidad de consultarla agradecerán el importante servicio que presta el Sr. Rocafull al publicar el presente Apéndice con extensas notas aclaratorias al articulado de la ley y Reglamento de 25 de Septiembre próximo pasado.

La obra á que este Apéndice se refiere, de la cual van publicadas dos ediciones, forma un tomo en 4.° de más de 500 páginas, y se halla de venta al precio de 6 pesetas en Madrid y 7 en provincias. El Apéndice 1.° comprende la legislación del año 1881, y se vende al precio de 2 pesetas en España; y el Apéndice 2.°, que comprende las últimas reformas, al de 3 pesetas en las principales librerías y domicilio del autor, y en su administración, librería de M. Murillo, Alcalá 7, Madrid, á quien pueden dirigirse los pedidos acompañados de su importe.

V. P. V.

Digitized by Google

PROBLEMAS DE DERECHO PENAL

I

SOBRE EL VALOR DE LA LEY, COMO ÚNICA FUENTE DE DERECHO EN MATERIA PENAL

1. Si se observa con un poco de atención cuáles sean los principios que sientan los autores doctrinales, é inspirándose en ellos, las legislaciones positivas en lo concerniente á la formación, aplicación, efectos, etc., de las leyes, se advertirá la excepcional situación en que se coloca á las penales, de manera tal, que no hay canon alguno de la doctrina general de la ley que sea perfectamente aplicable á estas últimas, ni regla que no se tuerza ó se quiebre cuando se pretende someter á ella la materia en cuestión. Ora se trate del valor que los Tribunales pueden y deben dar, para la fundamentación de sus fallos, á lo que se denomina fuentes del derecho (ley escrita, costumbre, jurisprudencia, opiniones de los autores, derecho natural...); ora se trate de las normas que han de tenerse presentes para la recta interpretación de las reglas jurídicas, tanto por los Tribunales como por los Jurisconsultos; ora se trate de la eficacia que las leyes pueden tener con relación á las distintas circunstancias de tiempo, de lugar, de persona... en cualquiera caso, las condiciones en que se coloca á la ley penal son *muy distintas*, cuando no *enteramente contrarias*, á las en que se coloca á las demás leyes.

Nos parece, por tanto, conveniente estudiar una por una todas estas excepciones, someterlas á examen crítico, indagar

Digitized by Google

la razón de las mismas, y ver si esta razón es, y hasta qué punto, defendible, justa. En este artículo sólo podemos ocuparnos de una de tales excepciones.

2. Los autores de materias penales, lo mismo los de tratados propiamente didácticos y filosóficos, que los comentaristas, afirman casi unánimemente que no hay más delitos que los que con este carácter están *comprendidos* y *castigados* en la ley penal. Así lo declaran de una manera terminante desde los más antiguos hasta los más recientes. Para no cansar con demasiadas citas, copiaremos tan sólo las palabras de algunos de ellos, de los más celebrados. «Algún jurisconsulto ilustre—dice Romagnosi—ha definido el delito una acción prohibida por las leyes y por las mismas castigada. Esta definición, que sería precaria, peligrosa y á menudo absurda para el publicista jurista y para el político, es exacta y consecuente para el Jurisconsulto y el Magistrado. El publicista no tiene más norma para sus raciocinios que las reglas inmutables y eternas del derecho universal, fundadas en las relaciones que la naturaleza humana mantiene con los seres que la circundan; reglas *inflexibles* y *superiores* á toda institución humana.

»La sana política tiene por objeto conducir á los hombres á la máxima felicidad social, esto es, producir la mayor suma posible de felicidades particulares, armonizadas unas con otras; pero también esto es una resultante de relaciones cuyo fundamento es *anterior* al arte humano.

»Pero EL JURISCONSULTO NO TIENE OTRO CRITERIO DE JUSTICIA Y DE VERDAD MÁS QUE EL CÓDIGO CIVIL (esto es, escrito) DE LA NACIÓN, y si quisiera hacerse superior á él ó apartarse del mismo, se extralimitaría de la esfera de sus deberes y del carácter que como tal Jurisconsulto le rodea.

»Ahora, si el Gobierno le deja libertad para interpretar las leyes, ó para suplir su silencio—*libertad siempre ilegítima y peligrosa y muchas veces funesta*, pero que EN OCASIONES ES UN BIEN, CUANDO LAS LEYES SON BÁRBARAS Ó ABSURDAS, Y QUIEN LAS ESTUDIA Y ESTÁ ENCARGADO DE APLICARLAS ES ILUSTRADO Y HUMA-

Digitized by Google

NO,—entonces, y *sólo entonces*, es cuando puede acudirse, para suplirlas, á los principios de derecho universal y de buena política, antes bien, debe acudir á ellos el Jurisconsulto para sus dictámenes y el Magistrado para sus decretos.

»Por tanto, yo no admito que pueda ser lícito nunca castigar una acción que no esté amenazada con sanción positiva, ni aun siquiera con el pretexto de que puede ser inmoral, porque el Magistrado usurparía las funciones del legislador...» (1).

Según Rauter, «para que una acción sea delito no basta que haya una ley que la incrimine y que la amenace con perseguirla criminalmente, sino que es necesario que esté castigada por la ley *con una pena determinada*... De donde se sigue naturalmente que, *por inmoral* y *perjudicial* que sea una acción; por mucha analogía que tenga con un delito definido por la ley penal, y *por contraria* que sea á la paz pública ó á la *ley natural*, no podrá ser castigada como delito» (2).

De un modo análogo se expresa Ortolán: «Si á los ojos de la justicia absoluta—dice—un acto que haya ó no sido previsto de antemano merece recompensa ó castigo, según su naturaleza, es decir, según es bueno ó malo en sí, no sucede lo mismo á los ojos de la penalidad social. Como esa penalidad debe tener por base lo justo á la par que lo útil, es un principio superior que ningún acto puede ser castigado con penas que no hayan sido establecidas por la ley antes de aquel acto fuese cometido» (3).

En los escritores más modernos se encuentra expresada esta misma idea. Carrara dice, entre otras cosas: «Delito es la *infracción de la ley del Estado*... El concepto de un delito sin ley previa repugna, no sólo á la justicia, sino también á la políti-

(1) Romagnosi, *Opere*, vol. 1.°; *Genesi del diritto penale*, tomo 1.°, parte tercera, libro 2.°, cap. 1.°, págs. 189-190; Florencia, 1844.

(2) Rauter, *Traité théorique et pratique du droit criminel français*; París, 1836, tomo 1.°, págs. 122-124. V. también pág. 53.

(3) Ortolán, *Tratado de derecho penal*, trad. esp. por D. Melquiades Pérez Rivas; Madrid, 1878, tomo 1.°. pág. 85.

Digitized by Google

ca» (1). Garraud afirma que «para que una acción ó inacción (omisión) constituya una infracción, es necesario que haya sido prohibida ó mandada por una ley penal» (2). Según Haus, «la ley penal, al reprimir ciertos actos, los convierte en delitos... Ningún hecho puede ser calificado como delito, ninguna pena puede ser aplicada sino en virtud de una ley; y ningún delito puede ser castigado con penas que no hayan sido establecidas por la ley antes de cometerse la infracción» (3). Y de una manera muy análoga se expresa la gran mayoría de los tratadistas (4).

---

(1) Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, séptima edición; Luca, 1889-1891, parte general, vol. 1.°, págs. 75-79. V. también el vol. 2.°, página 109.

(2) Garraud, *Traité theorique et pratique du droit pénal français;* París, 1888, tomo 1.°, págs. 163 y siguientes. V. también las págs. 119 y siguientes.

(3) Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, tercera edición; París, 1879, tomo 1.°, págs. 39, 43 y siguientes.

(4) Véase Pessina, *Elementos de derecho penal*, trad. esp., con notas de Aramburu, Madrid, 1892, tomo 1.°, págs. 117 y siguientes; Rossi, *Œuvres complètes;—Traité de droit pénal*, cuarta edición, París, 1872, tomo 2.°, páginas 348 y siguientes; Tissot, *El derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones*, etc., trad. esp., Madrid, 1880, tomo 1.°, libro 1.°, cap. 1.°; Tróbutien, *Cours elementaire de droit criminel*, segunda edición, París, 1878, tomo 1.°, págs. 109 y siguientes; Arabia, *Principi del diritto penale applicati al codice italiano*, Nápoles, 1891, págs. 79 y siguientes; Boitard, *Leçons de droit criminel*, décimatercera edición, París, 1889, pág. 41; Le Sellyer, *Traité de la criminalité, de la penalité et de la responsabilité*, segunda edición, París, 1874, tomo 1.°, págs. 6 y siguientes; Silvela, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1874, tomo 2.°; Ramiro Rueda, *Elementos de derecho penal*, segunda edición; Santiago, 1889, tomo 1.°, págs. 120 y siguientes; Chauveau et Hélie, *Théorie du code pénal*, sexta edición, París, 1887, tomo 1.°, págs. 40 y siguientes, Travaglia, *Il nuovo codice penale italiano*, Roma, 1889, tomo 1.°, págs. 26 y siguientes; Impallomeni, *Il codice penale italiano*, Florencia, 1890, tomo 1.°, págs. 64 y siguientes; Villey, *Précis d' un cours de droit criminel*, quinta edición, París, 1891, pág. 54; Blanche, *Etudes pratiques sur le code pénal*, segunda edición, París, 1888, tomo 1.°, págs. 45 y siguientes; Lacointa, *Code pénal d' Italie*, París, 1890, págs. 3, 4, 26 y siguientes; Paoli, *Esposizione storica e scientifica dei lavori di preparazione del codice penale italiano*, parte general, Florencia, 1884, págs. 2 y siguientes; *Progetto del codice penale per il*

Digitized by Google

Dado este criterio, no es extraño que no reconozcan otra fuente del derecho penal más que la ley, y que todas las otras fuentes que se admite que lo son en las demás materias que no sean ésta, queden aquí proscritas. Los Tribunales y los Jurisconsultos podrán y deberán invocar, como fundamento de sus decisiones y de sus dictámenes, por punto general, además del derecho escrito ó legislado, el derecho consuetudinario, la jurisprudencia, el derecho científico, el derecho natural y aun el derecho derogado; pero cuando se trate de asuntos penales, no les es lícito echar mano de otros preceptos que de los consignados en las leyes promulgadas por el Poder público. Y aun más: no están autorizados para acudir á cualquiera ley positiva, sino que precisamente han de hacerlo á la ley penal; y si ésta es oscura ó deficiente, no podrán hacer objeto de su examen el hecho de que se trate ni imponer sanción alguna al autor del mismo (1).

3. Siendo esta la doctrina corriente en la ciencia, se explica muy bien que se hayan hecho eco de ella las legislaciones positivas y que la hayan incluído entre sus preceptos: al cabo, los Códigos no son otra cosa más que un trasunto, más ó menos fiel, de las ideas de sus autores, y éstas, el reflejo de las generalmente recibidas en su tiempo y en su pueblo.

---

regno d' Italia, presentado á la Cámara de Diputados por el Ministro Zanardelli el 22 de Noviembre de 1887, Roma, 1888, págs. 53 y siguientes; *Verbali della commissione*, etc., Roma, 1889, págs. 9 y siguientes; Pacheco, *El código penal concordado y comentado*, sexta edición, Madrid, 1888, tomo 1.°, págs. 75 y siguientes, 83 y sigs., 293 y sigs.; García Goyena, *Código criminal español, según las leyes y práctica vigentes*, Madrid, 1843, tomo 1.°, libro 1.°, tít. 1.°, sección primera, pág. 28; Vizmanos y Alvarez, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1848, tomo 1.°, págs. 7 y siguientes, 16 y sigs., 208 y sigs.; Viada y Vilaseca, *Código penal reformado de 1870*, etc., cuarta edición, Madrid, 1890, tomo 1.°, págs. 18, 31 y 402; Groizard, *El código penal de 1870 concordado y comentado*, Burgos, 1871, tomo 1.°, págs. 48 y siguientes, 62 y sigs., y tomo 2.°, págs, 90 y sigs.; Vicente y Caravantes, *Código penal reformado*, Madrid, 1851, págs. 9, 11 y siguientes, 128 y sigs.

(1) V. Trébutien, Arabia, Haus y otros autores de los anteriormente citados, y sobre todo Rauter, ob. cit., tomo 1.°, págs. 118 y siguientes.

Digitized by Google

Desde que el Código penal francés de 1810,—para llenar un vacío que los escritores y los políticos habían notado en el Código de los delitos y de las penas de 3 brumario, año IV (1), y para dár satisfacción á las exigencias sentimentales é individualistas de la escuela de Beccaria y los que le siguieron—dispuso «que ninguna contravención (falta), ningún delito ni ningún crimen pudieran ser castigados con penas que no hubieran sido pronunciadas por la ley antes de haber sido cometidos» (2), todas las leyes y códigos penales que se han dado posteriormente, tomándole por modelo é inspirándose en análogos principios, han repetido, con escasas variaciones, el mismo precepto (3). Y á lo que parece, no ha llegado aún el momento

---

(1) Este Código definía el delito de la siguiente manera: «Hacer lo que prohiben y no hacer lo que mandan las leyes que tienen por objeto la conservación del orden social y de la tranquilidad pública, es un delito.» Se censuraba esta definición porque en ella no se hablaba de la prohibición sancionada con una pena, que es—decían—el elemento necesario para que el delito exista.

(2) Art. 4.°

(3) Por ejemplo, el antiguo Código prusiano decía en su art. 2.° «Ningún crimen, delito, ni contravención pueden ser castigados con penas que no hayan sido determinadas por la ley antes de haber sido cometidos»; el Código austriaco dice en su art. 6.°: «No es delito ni grave infracción de policía sino lo que está calificado de tal por el presente Código»; el mismo Código en su art. 26: «La pena debe ser aplicada dentro de los límites de la ley, sin que pueda imponerse otra más dura ni más suave que la que aquélla prescribe, atendidas las circunstancias del delito y la posición de su autor», y en el artículo 27: «A ningún delincuente podrá imponérsele otra pena que la determinada por el presente Código»; el Código belga, en su art. 2.°: «Ninguna infracción puede ser castigada con penas que no estén establecidas por la ley antes que aquélla se cometa»; el código penal holandés, art. 1.°: «Ningún hecho será punible, sino en virtud de una ley penal anterior»; el Código penal portugués, art. 1.°: «Crimen ó delito es el hecho voluntario declarado punible por la ley penal»; el mismo Código, art. 5.°: «Ningún hecho, ya consista en acción, ya en omisión, puede juzgarse criminal sin que una ley anterior lo califique de tal»; el mismo Código, art. 18: «No son admisibles las analogías é inducciones por paridad ó mayoría de razones para calificar un acto como delito: es necesario siempre que concurran los elementos esencialmente

Digitized by Google

de que el estado actual de cosas desaparezca de las legislaciones y de que ocurra en éstas un cambio notable sobre el partilar, pues en los Códigos penales más recientes (1) y en los que están en proyecto (2) se consigna el consabido principio *nullum crimen sine lege*; *nulla pœna sine lege*.

4. También en la legislación española se ha hallado y se halla consagrado. El primer Código penal que ha existido en nuestro país, ó sea el de 1822, reprodujo en su art. 3.º la disposición del art. 4.º del Código penal francés de 1810, prescribiendo lo siguiente: «A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada

---

constitutivos del hecho criminal que la ley expresamente declara»; el mismo Código, art. 68: «No podrá ser aplicada pena alguna que no esté prefijada por la ley»; el código imperial federal de Alemania, art. 2.º: «No podrá castigarse una infracción con penas que no se hayan dictado antes de haberse cometido aquélla»; el antiguo Código italiano, art. 3.º: «Ningún delito puede castigarse con pena que no esté determinada en la ley antes que fuese cometido»; el mismo Código, art. 4.º: «Los jueces no podrán aumentar ni disminuir la pena impuesta por la ley, ni conmutarla, sino en el caso y dentro del límite que en la ley esté determinado». Preceptos análogos se encuentran consignados en muchos otros Códigos, como en los de Suecia, Dinamarca, Noruega, Hungría, Rusia, en las Repúblicas americanas, tanto del Sud como del Norte, etc.; sin embargo, no hay necesidad de reproducirlos textualmente, pues con lo anterior basta para demostrar cuán generalizado está en las legislaciones positivas el principio á que nos venimos refiriendo, de que en materia penal no hay más fuente de derecho que la ley.

(1) Como el italiano de 1889, el cual, en su art. 1.º dispone que «nadie puede ser castigado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción *(reato)* por la ley, ni con penas que no estén establecidas en ésta»; el art. 2.º del mismo Código dice que «nadie puede ser castigado por un hecho que, según la ley del tiempo en que se cometió, no constituía delito»; el 29, que prescribe que «las penas no pueden ser aumentadas ni disminuídas, ni conmutadas, sino en los casos expresamente determinados por la ley», etc.

(2) Como los proyectos de Código penal francés, ruso, austriaco, los abortados proyectos españoles, el de la República argentina, y otros. En los proyectos de Código penal italiano, preparatorios ó antecedentes del aprobado en 1889, en todos ellos se encuentra dicho principio. Véase Paoli, *Esposizione storica e scientifica dei lavori di preparazione del codice penale italiano dal 1866 al 1884*, libro primero, parte general, Florencia, 1884, pág. 2.

Digitized by Google

antes de su perpetración». El Código de 1848 no quiso pecar por defecto en esta parte; y aun á riesgo de incurrir en lo que alguno de nuestros comentaristas ha llamado una «censurable redundancia» (1), sus autores debieron proponerse dejar bien afirmada la máxima de que no hay más delitos que los que la ley considera tales, ni pueden, por tanto, castigarse otros actos que los previamente definidos por ésta, puesto que después de haber dicho en el art. 1.º que «es delito ó falta toda acción ú omisión voluntaria *penada por la ley*», añadieron en el art. 2.º: «No serán castigados otros actos ú omisiones que los que *la ley con anterioridad* haya calificado de delitos ó faltas», y en el artículo 19: «No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley con anterioridad á su perpetración». El Código de 1850, esto es, el de 1848 reformado, dejó las cosas casi en el mismo estado en que las encontró, es decir, reprodujo los artículos 1.º y 2.º; pero varió la redacción, no la sustancia del 19, formulándolo de esta manera: «No será castigado ningún delito, ni las faltas de que sólo pueden conocer los Tribunales, con pena que no se halle establecida previamente por ley, ordenanza ó mandato de la Autoridad á la cual estuviere concedida esta facultad». El Código vigente de 1870 ha reproducido el art. 1.º del de 1848 y 1850 con leve variación (2), ha suprimido la primera parte, que hemos transcrito, del art. 2.º de éstos, y ha consignado, en su art. 22, el principio del art. 19 antiguo, no en la forma del Código de 1850, sino en la del de 1848 (3). Por consiguiente, se-

---

(1) Groizard, *El código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo 1.º, página 63, Burgos, 1870.

(2) «Son delitos ó faltas—dice—las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley.»

(3) Art. 22 del Código de 1870: «No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior á su perpetración.» Aunque para alguno de los comentaristas del Código de 1870, Vocal de la Comisión legislativa, es «incomprensible» el fundamento ó motivo que el Código de 1850 tuvo para variar la redacción del art. 19 del de 1848, añadiendo

Digitized by Google

gún el derecho penal positivo español, los Jueces y Tribunales del orden criminal no podrán acudir á otra ninguna fuente más que á la ley para dictar sus fallos; no á la costumbre, no á la jurisprudencia, no á la equidad...

Sin embargo, creemos que desde la públicación del Código civil puede ofrecerse alguna duda respecto del particular. El título preliminar de este Código contiene disposiciones generales aplicables á *todas* las leyes, y no sólo á las civiles; y el art. 6.º de este título prescribe lo siguiente: «El Tribunal que rehuse fallar á pretexto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará

---

las palabras «ni las faltas de que sólo pueden conocer los Tribunales», y por tanto, encuentra justificado el que se haya vuelto á la primitiva fórmula, la verdad es que el legislador de 1850 no introdujo la variación de que se trata caprichosamente y sin razón alguna. La prescripción del referido artículo 19, circunscribiendo la aplicación del principio consagrado en el mismo á sólo las faltas *de que pueden conocer los Tribunales*, sin extenderla á las de que pueden conocer las autoridades administrativas, tenía por objeto, según dice un comentarista, «dejar libres y desembarazadas á estas autoridades para *corregir* gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes.» V. Vicente y Caravantes, *Código penal reformado*, Madrid, 1851, pág. 129. Es decir, que el Código de 1850 quería introducir una distinción entre las faltas que se deben *castigar* (las de que conocen los Tribunales), á las cuales no podía aplicarse otras formas de represión que las previa y taxativamente establecidas por la ley, y las faltas que se deben *corregir* (las de que conocen las autoridades administrativas), á las cuales podía aplicarse formas de represión no establecidas de un modo taxativo en las leyes. En el vigente Código hay también algo parecido á esta distinción, cuando dice, en su art. 25, que «no se reputarán penas:... 3.º Las multas y demás *correcciones* que en uso de las atribuciones gubernativas ó disciplinarias impongan los superiores á sus subordinados ó administrados», y en su art. 625, que las disposiciones del libro tercero del Código, relativo á las faltas, «no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales ó cualesquiera otras especiales competan á los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno, y para *corregir* gubernativamente las *faltas* en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes».

Digitized by Google

la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del derecho». Ahora, si es verdad que las reglas y prescripciones de dicho título preliminar se refieren *á toda clase de leyes*, tendremos que los Tribunales del orden penal, lo mismo que los del orden civil, pueden y deben acudir, para fundamentar sus fallos, en primer término á la ley, pero á falta de ley, á la costumbre y á los principios generales del derecho. No pretendemos decir con esto que efectivamente el legislador haya querido, al publicar el Código civil, derogar los preceptos contrarios del Código penal (1); antes bien, dado el espíritu que viene dominando en la materia, esto es, de absoluta restricción del arbitrio judicial, es casi seguro que sus propósitos no fueron tales; mas, en nuestro juicio, hay aquí motivo para una duda racional, no sólo por lo que ya queda dicho, sino porque en la ciencia penal contemporánea, y aun en las legislaciones, se ha comenzado á anunciar, como veremos, una tendencia á dar á los Tribunales cierta amplitud al dictar sus fallos y á concederles cierto prudente discrecional arbitrio en la aplicación de la ley (2).

5. Ahora, ¿cuál será el motivo de que repetido principio, *nullum crimen sine lege; nulla pœna sine lege*, se halle tan generalizado, y de que lo admitan, según se acaba de ver, tan unánimemente lo mismo los tratadistas que los códigos?

El verdadero y fundamental motivo no es otro que el de la consideración de la pena como un *mal*, que se impone al delincuente como retribución y retorsión de otro mal que él ha causado, y como forma de dar satisfacción al sentimiento de

---

(1) Además de los citados artículos 1.° y 22, es contrario el precepto del art. 2.°, que dice: «en el caso en que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, *se abstendrá de todo procedimiento* sobre él y expondrá al gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal».

(2) Las causas de este fenómeno son muy varias y no podemos analizar las aquí. Más adelante haremos indicación de algunas. Por lo demás, para nuestro objeto basta con que quede sentado que el fenómeno existe.

Digitized by Google

venganza, individual ó social, es decir, como medio de que el agente *purgue* y *expíe* el mal que ha originado. Esta concepción de la pena *(malum passionis propter malum actionis)* es tan general, tan universal, se ha arraigado de tal manera en nosotros, que sólo el ponerla en cuestión constituye para ciertos pensadores serios (1) un atrevimiento inaudito. ¡Es tal la fuerza y la presión que sobre nuestro espíritu ejercen las ideas recibidas como indiscutibles, y más si, como ésta, han ejercido un imperio absoluto sobre la sociedad durante muchos siglos!... (2).

De esta razón primordial (que es la que ha hecho que la materia criminal sea odiosa y que, por lo mismo, hayan venido los autores colocándola en una situación verdaderamente anómala) (3) han provenido otras secundarias y próximas, que son las que los tratadistas aducen en defensa del principio que viene ocupándonos.

En efecto, como, según dice Aramburu, con otro motivo, «fué posible en la historia, mientras la ignorancia y la fuerza bruta dieron base á regímenes de privilegio y á dolorosas con-

---

(1) De aquellas gentes que, creyéndose ilustradas, sólo saben hacer gala de su donaire cuando hablan de la pena como un *bien* y del *derecho á la pena* que el delincuente tiene, no hay por qué ocuparse: forman entre el *infinitus numerus*, y por tanto, en el pecado de su ignorancia llevan la penitencia.

(2) Nos parece de todo punto innecesario aducir pruebas del hecho á que nos referimos, porque la casi totalidad de los autores dice bien claramente que la pena es un mal, y todo el sistema penal dominante, lo mismo en la doctrina que en las legislaciones y que en la sociedad, está impregnado de este concepto (aunque no tan en absoluto como se cree). V. por todos Carrara, ob. cit., tomo 2.°, pág. 46, donde define la pena diciendo que es «aquel *mal* que, en conformidad á la ley del Estado, infligen los Magistrados á aquellos que, con las debidas formalidades, son declarados culpables de un delito». Bueno es, sin embargo, advertir que no se concilia muy bien con el concepto de la pena como un mal (objetivamente, aun cuando cause DOLOR—que *no es lo mismo que* MAL)—la consideración de la misma como un *contenido* NECESARIO *del derecho*, que también dice el propio Carrara, ob. cit., tomo 2.°, introducción, pág. 9.

(3) Ya lo iremos viendo en el curso de estos artículos

Digitized by Google

fusiones, atribuir al poder público una facultad punitiva ilimitada, que se empleó, mejor que en la defensa social, en la defensa de intereses egoístas de persona ó de clase» (1); como, por tanto, los Poderes públicos y los Tribunales, como instrumentos suyos, venían abusando del empleo de aquellos medios *duros* y *malos* para el individuo, que se llaman penas, fué preciso que, al afirmar la personalidad iudividual frente á la del Estado, con propio valor, y al establecer las garantías de aquella personalidad y los límites más allá de los cuales no podía ir la acción del poder, ni causar molestias á los ciudanos (derechos individuales, del hombre, etc.), se consignaran también en el orden penal ciertas garantías de la libertad y seguridad del individuo, y se pusiera coto á los posibles abusos del poder judicial, prohibiéndole reprimir los delitos con otros castigos, con otros *males*, con otras penas, que aquellas que estuvieran previamente determinadas y tasadas por la ley. De aquí que desde fines del siglo pasado, esto es, desde que comenzó la época constitucional (2), se haya venido consignando en las constituciones y en las leyes, junto á las demás garantías del individuo, la que podremos llamar *garantía penal*, esto es, la de no poder ser procesado ni penado, ni siquiera

---

(1) Aramburu, *notas* á la traducción española de los *Elementos del derecho penal*, de Pessina, tomo 1.°, pág. 61.

(2) Entendiendo por tal la época en que comenzó á afirmarse la soberanía popular (después nacional y luego del Estado) y á pedirse el respeto de los derechos del hombre y del ciudadano. De que por época constitucional puede entenderse esto, tenemos una prueba en el concepto que de las Constituciones se tenía y en el espíritu que las informaba cuando aparecieron. Eran entonces las Constituciones, más que la ley fundamental del Estado con arreglo á la cual ha de regirse la vida toda de éste y organizarse sus poderes, «una ley *que un pueblo impone á sus gobernantes, para garantirse á sí mismo contra el despotismo de éstos*», según la definición que daba Romagnosi. V. Palma, *Corso di diritto costituzionale*, Florencia, 1884, tomo 1.°, parte primera, introducción, pág. 47.

Digitized by Google

detenido ni preso, sino con arreglo á lo que la legislación positiva disponga (1).

---

(1) La manera cómo en la historia ha venido elaborándose este principio hasta llegar á constituir lo que hoy es, uno de los llamados *derechos individuales ó personales*, es enteramente análoga á aquella como han venido elaborándose todos los demás congéneres, es decir, revolucionariamente; así se ha afirmado lo que se dice la personalidad individual y todos los derechos que la constituyen. Sin que pretendamos exponer aquí este largo proceso de formación de la personalidad y de reconocimiento del conjunto ó *colonia* (como la llama Schiattarella) de derechos que la integran—porque esto corresponde al derecho constitucional y á la filosofía del derecho,—conviene que digamos que la *garantía penal* ha figurado siempre en las llamadas *declaraciones de derechos*, ó sea entre los medios con que los ciudadanos han tratado de afirmar su personal libertad, independencia y autarquía, y de poner coto á los abusos ó injustificadas ingerencias de los poderes públicos y de sus órganos.

Para no remontarnos más atrás, buscando en el curso de toda la historia la raiz de este derecho, como de los demás derechos individuales, y el modo cómo va lentamente surgiendo á medida que surge y se consolida la personalidad jurídica, diremos que en Inglaterra, el país de las libertades, hace ya siglos que se había consignado, de un modo explícito, la prohibición de detener, aprisionar, etc., á los ciudadanos, sino en la forma y casos establecidos por la ley. *Nullus liber homo*—decía la *Magna Carta*—*capiatur vel imprisonetur... nisi per* LEGALE JUDICIUM *parium suorum*, VEL PER LEGEM TERRÆ. En el famoso *Habeas corpus* se aseguraba, de una manera bastante más eficaz, la libertad y seguridad individuales contra los abusos de los Magistrados, y hasta se llegaba á imponer á éstos fuertes multas en favor de los prisioneros, cuando hubiesen negado el *Writ* ó auto de *Habeas corpus*. (V. Palma, *Corso di diritto costituzionale*, tomo 3.°, Florencia, 1885, págs. 74 y siguientes.)—En la Constitución federal de los Estados Unidos de América del Norte no se hizo en un principio más que organizar los poderes públicos, pero en 1789 se hicieron ciertas adiciones á la misma, referentes á las libertades individuales, y entre ellas figuraba alguna que llevaba el propósito de garantir la seguridad individual.—Cuando esta garantía se afirmó ya de un modo seguro y mucho más explícito de lo que lo había sido hasta entonces, fué en la época de la Revolución francesa. El art. 7.° de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, decía de esta manera: «Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido, sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas por la misma...», y en el 8.°: «La ley no debe establecer más penas que las que sean estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anteriori-

Digitized by Google

6. Es tan cierto lo que decimos, que los autores se creen generalmente dispensados de dar razón alguna que justifique la existencia del principio *nullum crimen sine lege; nulla pœna*

---

dad al delito y legalmente aplicada». La Constitución de 1791, en su art. 1.°, reconocía en todos los hombres la libertad de andar y de moverse, sin poder ser arrestados ni detenidos sino con las formalidades prescritas por la Constitución. De esta Constitución ha ido pasando el principio á las demás que se han publicado en Francia, en todas las cuales ha figurado. Asimismo lo han sancionado las Constituciones de todos los demás países que más ó menos han tomado por modelo á Francia, y lo sancionan las que actualmente se hallan en vigor en la mayoria de los países civilizados. No hay necesidad de reproducir el texto de sus disposiciones, que son en todas muy semejantes. Sólo queremos citar, por interesarnos más directamente, lo que acerca del particular han preceptuado las diferentes Constituciones que, en lo que va de siglo, han estado vigentes en nuestro país. En la de 1812 hay varios artículos que se refieren á este particular, sin duda por ser la primera vez que se establecía en España la *garantía penal* y se cortaba el arbitrio judicial, que había producido tantos abusos. «Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles y criminales—dice el art. 247—por ninguna comisión, sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley». El art. 247 dispone: «Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal...». Los artículos siguientes están también dictados con el propósito de garantir la libertad y seguridad individuales. Constitución de 1837, art. 1.°, núm. 7.°: «No puede ser detenido ni preso... ningún español..., sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban»; núm. 9.°: «Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado, sino por el juez ó tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban». Exactamente lo mismo dispone la Constitución de 1845 en sus artículos 7.° y 9.° Constitución de 1869: entre otros artículos, importa sobre todo el art. 11: «Ningún español será procesado ni sentenciado, sino por el juez ó tribunal á quien, en virtud de leyes anteriores al delito, competa el conocimiento y en la forma que éstas prescriban. No podrán crearse tribunales extraordinarios ni comisiones especiales para conocer de ningún delito». Constitución de 1876, art. 4.°: «Ningún español ni extranjero podrá ser detenido, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban»; art. 5.°: «Ningún español podrá ser preso, sino en virtud de mandamiento de juez competente»; art. 16: «Ningún español puede ser procesado ni sentenciado, sino por el juez ó tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban».

Digitized by Google

sine lege; y cuando lo hacen, no acuden á ninguna otra sino á la de que es una manera de poner á cubierto la libertad y seguridad individuales contra los posibles atentados y abusos del Poder judicial. Habiendo dicho esto, creen haber quedado perfectamente asegurado referido principio, y no pueden sospechar siquiera que, sin hacer retroceder á la sociedad á épocas anteriores de crueldad y barbarie, haya de suprimirse aquél de las leyes, dejando á los ciudadanos á merced de la arbitrariedad y la violencia.

Si así no fuera—dice Ortolán—«los ciudadanos no tendrían seguridad, y el derecho penal, destinado á tranquilizar la sociedad, llegaría á ser una causa de inquietud y de alarma para todos y cada uno en particular» (1). Otra cosa—escribe Groizard—«sería dejar ancho campo abierto á la arbitrariedad» (2). Ramiro Rueda, al comentar las palabras *penadas por la ley* con que nuestro vigente Código penal termina la definición del delito, dice: «La verdadera consideración que estas últimas palabras tienen es la de ser una garantía firmísima de la libertad de los ciudadanos, que bajo la salvaguardia del Código penal podrán ejecutar todo cuanto en el mismo no se encuentra prohibido ni penado» (3). Ocupándose Arabia en combatir á aquellos que se oponen á que el legislador determine de antemano en el Código los hechos delictuosos y punibles, exclama: «Pero no ven (tales autores) cuán grande garantía de libertad civil sea ésta que priva al Juez del arbitrio de crear los casos punibles, constriñéndolo, mediante una fórmula clara y precisa, á juzgar, haciendo un silogismo, cuya premisa esté en la ley» (4). Y Rossi, cuya obra han tomado por guía muchísimos otros penalistas, reproduciendo y haciendo suyas la mayor parte de las razones que aduce para demostrar la necesidad de una ley

(1) Ortolán, ob. cit., tomo 1.°, pág. 85.
(2) Groizard, ob. cit., tomo 2.°, pág. 91.
(3) Ramiro Rueda, ob. cit., tomo 1.°, pág. 121.
(4) Arabia, ob. cit., pág. 79.

Digitized by Google

penal positiva, dice, entre otras cosas, ocupándose de esta materia: «Una enunciación de la penalidad para cada especie de delito es, no obstante, necesaria, tanto para la seguridad pública como para la seguridad individual...; para la seguridad individual, porque, sin espanto, no es posible dejar al Juez la elección entre la pena de muerte y la de aprisionamiento, entre la deportación y la multa, y así sucesivamente» (1). Al tratar, en otra parte, de los obstáculos que se oponen al progreso del derecho penal y de los medios de removerlos, dice que uno de estos obstáculos son los privilegios, que no pueden menos de existir en los gobiernos absolutos (2). Los demás autores citados dan por buenas las anteriores razones, ora explícita, ora implícitamente, y en todo caso, consideran que la declaración doctrinal y legal del principio: no hay más delitos ni pueden imponerse otras penas que los que previamente se hallen fijados en la ley, debe tenerse por indiscutible y por definitivo.

(Se continuará.)

PEDRO DORADO,
Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Salamanca.

(1) Rossi, ob. cit., tomo 2.°, pág. 354.

(2) Rossi, ob. cit., tomo 1.°, *Considerations preliminaires*, cap. 3.°

Digitized by Google

ESTUDIOS DE SOCIOLOGÍA CRIMINAL *

El argot, caló ó jerga en sus relaciones con la delincuencia.

(Conclusión.)

IV

Al transcurrir la primera mitad del siglo se había completado la evolución de que acabamos de hablar: del caló usado en tiempo de nuestros abuelos quedaba ya muy poco, según ahora sucede respecto del que le sustituyó.

Cabe asegurar que su carácter era ya distinto, como diferentes son la generalidad de sus palabras y aun el significado de casi todas las que subsisten. Para persuadirse de ello, es suficiente acudir á nuestra literatura contemporánea, de cuyas notables y numerosas obras, habremos de limitarnos á copiar algunas voces y conceptos. Tales son: *cliso* (muslo), *nube* (capa), *bae* (mano), *largutes* (dedos), *prajandí* (cigarro puro), *amoscarse* (enfadarse), *alares* (pantalones), *pinreles* (pies), *garlar* (hablar), *gente* (orejas), *fanales* (ojos), *chuchí* (semblante), *clarisa* (agua), *arroscar* (envolver), *murguir* (comer), *guillalaor* (cantador), *chaborro* (adolescente), *aguiliño* (ratero), *arrobiñar* (robar), *corrincho* (corral), *capiscol* (gallo), *coba* (gallina), *albaires* (huevos), *paloma* (sábana), *carona* (camisa), *aires* (cabellos), *bolu* (feria), *corbar* (herir), *mojáa* (puñalada), *guillarse* (fugarse), *gura* (justicia), *estaribé* (cárcel), *bravo* (juez), *nuestramo* (escribano), *bribias* (buenas palabras), *barquero* (alcaide), *bellerife* (empleado de la cár-

* Véase la pág. 282 y sigs. de este tomo.

Digitized by Google

cel), *burlarse* (librarse de la pena), *buscar* (robar). *engibar* (partir lo robado), *espirrabao* (muerto), *zoniche* (tener cuidado, cautela), *chibato* (mozuelo), *chapitel* (cabeza), *chislama* (moza), *acais* (pupila), *sardioque* (gracia), *enrejao* (preso), *anillos* (cadenas que ponían á los presos), *dar calle al angustiao* (facilitar la fuga al preso), *venga injurias* (fiscal), *changüi* (presidiario novato), *chaval* (palabra despreciativa aplicada á una persona), *los gatés* (los cuartos), *poquinchar* (poner), *chibato* (malhechor principiante), *chota* (espía), *pintar un jabeque* (dar una navajada en la cara), *berrear* (decir á la Autoridad lo que deben ocultarla), *nicabar* (coger), *paguincha* (paga), *altonáa* (casada), *piños* (dientes), *la prevenda* (la prevención).

Por no hacernos demasiado molestos, prescindimos de otras muchas palabras, pues las mencionadas son suficientes para dar idea del progresivo desarrollo del lenguaje de la *Germanía*, que, conforme defienden varios mantenedores de las doctrinas de la moderna escuela que basa en el positivismo y en la antropología el derecho criminal, recuerda los idiomas primitivos, siendo manifestación del atavismo; que aparte de lo que tiene de común con el idioma general, es un lenguaje escaso de palabras, pero abundante en metáforas, y que, volvemos á repetir, se forma, en gran parte, por agregación. Período de transición en todo, el de principios del siglo, no constituyen excepción las manifestaciones de la criminalidad: entre ellas contamos, y no como secundaria, al *caló*.

Este no es actualmente el mismo para toda clase de malhechores, para los vagabundos y para cuantos forman parte de las modernas *Cortes de los Milagros*. Hay un *caló* que puede calificarse de general, y otro más circunscrito, especial á cada clase de malhechores. Aquél tiene algo de *flamenco*, pero más acentuado en su carácter; éste agrega voces, locuciones, frases particulares.

En el mundo del crimen se practica más aún que en el mundo del trabajo la fecunda ley de la división de éste; se cultivan las especialidades, se siente por instinto la necesidad

Digitized by Google

de no acumular funciones, de limitar el campo de acción, de repetir en lo posible los mismos hechos. De este modo, siguiendo tal regla de conducta, es como, á pesar de su limitada inventiva, fuera de algunas señaladísimas excepciones, de su incuria, de su dejadez, de su ninguna afición á nada que les fatigue, han podido, por desgracia, perfeccionar los criminales sus dañosos procedimientos. De aquí las modificaciones del caló general: distintos procedimientos representan distintas ideas, y precisan formas, asociaciones, instrumentos, medios diversos, y por lo tanto, palabras y frases apropiadas á él; los *granujas* que comienzan su aprendizaje á la vista y aun bajo la protección social, y que regularmente la comienzan hurtando pañuelos, por ser lo más fácil, se llaman *safistas*, de *safo*, pañuelo; *descuideros*, los que se aprovechan del abandono ajeno; *tomadores del dos*, los rateros, bien porque van apareados, bien porque usan principalmente dos dedos; *espadistas*, los que efectúan los robos, empleando para abrir las puertas la llave falsa, *espada; topistas*, los que los verifican al *tope,* por medio de la palanqueta, *fuerza; atracadores*, los que *atracan*, los que con violencia en las personas roban dentro de las poblaciones; *dronistas*, los que *atracan* en despoblado ó asaltan las casas de campo ó de aldea; *santeros*, ciertos cómplices ó espías de ladrones; *timadores de la ful,* los que estafan valiéndose de alhajas falsas; *deristas*, los que compran alhajas sin cuidarse de si son ó no de legítima procedencia, ó más bien sabiendo que no lo son; *enterradores*, los que practican la estafa que indica su nombre; *pasmas*, los vigilantes; *timadores,* los estafadores; *mecheras*, las mujeres que hurtan dentro de las tiendas; *atracadores del chápiro* (sombrero), los mendigos. Así en el caló catalán se denominan *liladors*, los muchachos que hacen los hurtos en los terrados; *timadores del delantal,* los que estafan caballos; *timadores de la flima*, los que al efecto figuran encontrarse alhajas; *chusquetas de aracha*, granujas que hurtan de noche; *buscas*, los rateros de plazuela; *timbas*, los tomadores de bolsillos; *pinchos*, los valentones.

Digitized by Google

Las distintas partes del cuerpo, las ropas, las herramientas, etc., tienen nombres diversos: la americana es la *sobrepuesta* ó la *sobre*, y en el catalán *chupa;* alpargatas, *chinelas*, *ligeras, barcas, andarinas;* alfiler de corbata, *pincha uvas;* arma blanca, *cotú*, *chisme* ó *avíu;* anilla de reloj, *angui*, *ganguil;* botas, *calcos;* boca, *coba*, *muy;* dedo, *dátil*, *tizo*, *baste;* bolsa, *crisi*, *potsa;* billete de banco, *papiro*, *papil;* cama, *piltra;* capa, *plasta*; camisa, *gatí*, *lima*, *llima;* calzoncillos, *balumbres;* cajón, *pusca, runcal;* colchón, *manso;* cadena, *brija*, *tralla;* chaleco, *chupo*; cara, *fila;* cárcel, *trena*, *estaru;* dijes, *colgajos;* faja, *culebra, ronda;* gorra, *parpusa;* manta, *pelusa;* gabán colocado sobre el brazo, *muleta;* muerto, *cierto;* plato, *tlapo;* palanqueta, *fuersa, escopeta;* levita, *sepia;* reloj, *parlo*; oro, *sorna;* ropa, *farda, farga;* sábana, *paloma*, *nubol;* seda, *sega, serolla;* robar, *salvar, ostilar;* casa, *magra*, *borda;* gitano, *cañí;* tener, *habillar;* cuarto, piso, *quel;* ocultar á los cómplices algo de lo robado, *irse al río*, *dar len;* fracturar, *espaldar;* peseta, *plima.*

Para designar á las autoridades, á los agentes de éstas, á ciertos procedimientos suyos, poseen abundancia de palabras. Como los malhechores, más que nada, tienen siempre presentes en la memoria á las autoridades, policías, etc., por ser quienes más excitan su interés, respecto de ellas es más agudo y fecundo su ingenio, más palpables su malicia y chocarrería. Igualmente son ingeniosas otras palabras de las que á continuación citaremos algunas como muestra. *Dar el santo*, es avisar para cometer un robo; *dar bronca* ó *graznar*, descubrir, sorprender un delito en el momento de cometerse; *atracar al tío*, acercarse á la víctima; *breva* y *castaña*, el año de presidio; *cachear*, el registrar; *chirlata* y *burlu*, la casa de juego; *consorte*, el compañero; *baronda* ó *espeta*, el delegado de vigilancia; *tricornio*, el guardia civil; *barondo* ó *baronda mayor*, el gobernador civil; *rato*, el jefe de policía; *subibaronda*, el subinspector de policía; *filar*, el escudriñar; *pirar*, echar á correr; *esparruar*, expender moneda falsa; *diñar la alhaja*, entregar la alhaja; *polilla*, *carga* ó *rondeño*, el policía; *chirlo* ó *coca*, la puñalada;

Digitized by Google

astiñar, *afanar*, *ostilar*, *salvar*, el robar; *tronchar*, *marcillar*, *dar garrote*, el romper la anilla del reloj; *coscar el parlo*, hurtar el reloj; *tomar la estampa*, sacar el molde de la cerradura; *maraña* ó *mara*, la reunión de gente; *peripanao*, el tatuage; *asinabao*, el tatuado; *sensa*, la indicación de haber estado en presidio; *barbear*, el tantear el bolsillo; *compraores de gachís*, los que roban á las mujeres; *tumbar*, *sudar*, *hacer salazón*, al homicida.

Tampoco faltan al caló palabras representativas de valores, metálico, etc. Entre otras, recordamos las siguientes: *papiro*, en el catalán *papil*, billete de Banco; *mosquito*, *tasco*, el duro; *cabezota*, el de Alfonso XIII, *trigo*, *trign*, *parné*, la moneda en general; *borregas*, las monedas de oro de cinco duros; *ful* ó *percal*, la moneda falsa; *coben*, *sorna*, el oro; *lama*, la plata; *pela*, *plina*, *sígala*, la peseta.

La palabra ver se representa con la de *guipar*, y en catalán, *pincherar;* borracho, en ambos calós, por *curda;* conversación, por *labia*; casa de dormir, por *pitaña*; dormir, por *sornar* y *clapar;* escamarse, por *rechiflarse* ó *mosquearse;* señora, por *tía*, *sumera;* taberna, por *tasca*, *venta*.

Mas pondremos término á esta ya larga enumeración, pues si nuestro propósito ha sido hacer un breve estudio del caló en sus relaciones con la criminalidad, no lo es, ni mucho menos, verificarlo extensamente, pues, cual hemos indicado, no es un lenguaje uniforme y constante, toda vez que en él tiene grande influencia el capricho. Cualquiera agudeza, ó que sea tenida por tal; cualquiera palabra que llame la atención, se repite, se aplaude, se difunde y concluye por ser aceptada. Es un lenguaje que está en elaboración continua.

Posible es que á tales causas se deban las palabras, *chapescar*, escaparse del que persigue; *jamar*, comer; *brinsa*, carne; *chiscón*, casa; *oscura*, noche; *dar candela*, poner fuego; *chalada*, huída; *chichí*, cabeza; *najar*, irse; *quevater*, hacer; *aplacerar á la coba*, estar de centinela; *diquelar*, mirar; *esgarrabel*, poner preso; *sinar*, estar; *julai*, posadero; *ná*, no; *á*, la; *talavosa*, ropa;

Digitized by Google

niquelar, rasgar; *chirroe*, agujero; *bundales*, puertas; *maestra*, llave falsa; *luar*, atar; *chavoró*, hijo; *dugida*, hija; *troncho*, pescuezo; *quele*, burro; *el casto*, el calabozo; *Debel*, Dios; *bariche*, gemido; *tamború*, perro; *clariosa*, ventana; *maquilar*, trabajar; *churí*, navaja; *císeles*, grillos; *guindala*, cuerda; *sonajar*, ocultar; *batú*, viejo; *junelar*, oir; *urdiflelas*, luces; *sió*, soy; *andivelar*, andar; *ocana*, esta hora; *apenao*, condenado; *estaribel*, cárcel; *junelar*, oir.

Para completar este trabajo, dedicaremos algunas líneas al caló catalán, que tan perfectamente retrata á los malhechores de este industrioso y envidiable país, y que reune la generalidad de los caracteres que al *argot* han asignado los no muchos escritores que de él se ocupan considerándolo bajo el punto de vista de la antropología criminal. Dicho *caló*, del que ya hemos hecho algunas indicaciones, es un compuesto bastante informe, permítasenos la frase, un agregado caprichoso del castellano, del francés y del que puede llamarse indígena. En él se descubre la especialidad de ciertos delitos y delincuentes catalanes; en él, la multitud de medios empleados para realizar aquellos; en él, hasta cierto límite, no sólo el espíritu reflexivo, sino la imaginación de sus cultivadores; cualidades que niegan los antropólogos á la generalidad de los delincuentes, y que, sin embargo, no cabe desconocer en los de Cataluña. Por ejemplo, aldeano es *pixol;* arruinado, *najabát;* arriba, *superas*; avisar que llega alguien, *picar sera*; amigo, *consata;* bofetón, *mastae;* buscar, *busquiñar*; balanzas, *pasantas;* bueno, *barbal*; calle, *tiroldo*; cerradura, *pet;* encontrar, *tupiller;* lío de tela, *fajola de farga;* mentira, *taba;* noche, *laracha* ó *aracha;* paliza, *atip*; preso, *estarado*, *caregat;* piojo, *gaul;* fuera, *forata;* soldados, *sorxe*, *seroy;* cabeza, *tupí;* tener, *agrabar;* dedos, *bastes*; hombre, *pechul;* cadena, *tralla*; escalera, *escaluy;* puerta, *purtincha;* cajón, *ronciu;* tu mujer, la *marquincha de tu cas;* mujer, *marca*; señora, *sumera;* gallina, *pica en terra*.

Digitized by Google

V

Antes de terminar este capítulo nos permitiremos hacer algunas observaciones complementarias, á pesar de que tendremos precisión de ampliar muchas de ellas en los estudios sucesivos. La índole, los caracteres, la contextura, y, por decirlo así, la fisonomía de este especial lenguaje, que durante siglos se ha mantenido perenne en casi todos los países, viene á dar la razón al distinguido escritor Lombroso, que ha dicho en su principal obra, que supone asociaciones extensas de criminales. En Italia, Francia, y hasta no hace mucho en España, estas asociaciones alcanzaron un desarrollo del que dan prueba la Maffía, la Camorra, los Tostadores, Extranguladores, Mano Negra, Secuestradores y Nazarenos. En ocasiones, cual en España á principios del siglo, se impusieron á los Gobiernos, que llegaron á firmar concesiones, por las que los malhechores alcanzaron el completo perdón de sus delitos. Ellas fueron siempre las principales mantenedoras y propagandistas del *argot*, exceptuando algunas que, cual la Mano Negra, respondían á fines de otra índole; difusión á la que también contribuyen los criminales de oficio de muchas poblaciones que se relacionan entre sí, los vagabundos, gitanos, quinquilleros ambulantes é infinidad de supuestos industriales que recorren pueblos, aldeas y caserías, figurando ocupaciones que no pueden proporcionarles lo necesario para la subsistencia.

Hoy que tales asociaciones desaparecen, la persistencia y difusión del caló demuestran el aumento indudable de la criminalidad habitual, y el predominio de ésta sobre la menos perniciosa de *ocasion*, en la que concurran ya para su producción factores más fáciles de extirpar; demuestran la conexión, la semi-hermandad de cuantos se alejan más ó menos de la vida normal social, descubriendo algunos con sus actos su completa falta de adaptación con la misma. Sin más que fijarse en el alcance que tenga el uso del caló en una ciudad, en una

Digitized by Google

localidad cualquiera, en los vocablos y términos particulares que predominen, puede comprenderse si la delincuencia por hábito es extensa ó reducida, y qué clase de delitos tiene más desarrollo. Los delitos de sangre, ó sea contra las personas, y los delitos contra la honestidad, constituyen la manifestación más potente de la criminalidad pasional; mientras que los delitos contra la propiedad resumen la habitual, la profesional, en la que imperan la premeditación y el cálculo. Aquélla no tiene lenguaje especial, que supone reflexión persistente, meditación, costumbre, imposibles en los arranques momentáneos, en la ceguedad de la pasión; ésta es la verdadera, la constante cultivadora del caló. Cuando se le oye hablar á cualquiera persona detenida por un delito, hay todas las probabilidades de que se trata de un criminal de oficio, pues si algún delincuente pasional lo habla, casi siempre es, ó por haber estado en la cárcel ó presidio, ó por influencia del medio ambiente en que ha vivido, en cuyos casos es casi seguro que se ha modificado su índole. Y si al delincuente presunto ó declarado se le oyen pronunciar además con frecuencia, y en sustitución de otras, palabras peculiares á determinadas formas de delincuencia, puede fundadamente inducirse de ello que, ó pertenece á tal clase de malhechores, ó con ellos ha mantenido relaciones frecuentes.

En España, ni hablar *caló* supone en absoluto delincuencia, ni tampoco, y rogamos se nos dispense que insistamos en ello, la existencia de asociaciones criminales. No lo primero, por lo generalizados que se hallan el *gitanesco* y *flamenco*, y por el influjo de cierta moda, por fortuna en decadencia, que estimula á hablar en el último á personas que al hacerlo desmienten su posición. No las segundas, porque entre nosotros ya no existen las extensas y bien organizadas que tan triste celebridad alcanzaron. La palabra *consorte*, tan común entre los criminales, así lo indica y manifiesta claramente lo que sucede; muchos *trabajan* solos, la generalidad en parejas, ó reuniéndose tres, muy pocos en mayor número; pero siempre se prestan auxilio,

Digitized by Google

conociéndose, frecuentando los mismos sitios y eligiendo iguales establecimientos para sus diversiones. El uso del caló contribuye á relacionarlos, lo cual no deja de serles beneficioso; pero también redundaría en su daño si los Jueces instructores hicieran ó pudiesen hacer otra cosa que recibir declaraciones sin preguntas capciosas ni sugestivas, y dictar las llamadas providencias *de cajón*, y si los funcionarios del cuerpo de vigilancia, tan traídos y llevados, y casi siempre con desconcierto y por satisfacer exigencias políticas, constituyeran verdadera policía.

Igualmente descubre, á imitación de las capas superpuestas de la costra terrestre, los sedimentos que han dejado tras de sí las generaciones del crimen en las distintas épocas; las modificaciones que la delincuencia ha sufrido en sus caracteres; los cambios en su manera de ser, é indica asimismo la vida psicológica de estos enemigos á quienes, desconociéndoles, se quiere combatir con penas apriorísticas, con cárceles y presidios, que en lugar de espantarles y servirles de castigo, les atraen, les cautivan, y son sus escuelas, con la disminucion de la cantidad y la calidad de aquellas, hasta el extremo de que las impropiamente llamadas perpetuas, vengan á ser muy temporales con los indultos generales y particulares, que son para el criminal una esperanza, y con otras medidas patrocinadas por exagerados y sentimentales correccionalistas.

Semejantes preceptos no es de esperar que produzcan en lo sucesivo mejores resultados que hasta el presente, sobre todo, si se complementan con importaciones ajenas, no bien acreditadas, como la que recientemente fué acordada respecto á los penados del presidio de Ceuta, no conforme, á nuestro juicio, con los artículos 100, 107 y 108 del Código penal, implantando la generalidad de los procedimientos del sistema irlandés ó progresivo, que, según dijo en una notabilísima conferencia el muy distinguido jurisconsulto Sr. Romero Girón, «no produce resultados beneficiosos, no da el triunfo más que á los hipócritas y falsos, que con sus vales y premios incita á los penados

Digitized by Google

á no ser díscolos sólo por una cosa material, y cuyos resultados han sido tan malos como lo prueban las reincidencias.»

El conocimiento más completo posible del delincuente, tiene que ser la base de cuantas medidas se adopten para prevenir los delitos y reprimir eficazmente la criminalidad. Por eso los criminalistas modernos, aun los de las escuelas *clásica* y *crítica*, y muy en especial los que fundamentan sus trabajos en la *antropología* y en la *sociología*, no han desdeñado ni desdeñan nada de cuanto pueda contribuir á ese, más que útil, necesario conocimiento, y dedican no reducida parte de sus obras al estudio de la literatura, de la industria, del tatuage, de los sentimientos morales y del *argot* de los malhechores. «El crimen, ha dicho Mac Donald, es un experimento de la naturaleza en la humanidad: el criminal es el nervio enfermo de la sociedad, y su estudio, un medio práctico, aunque indirecto, de estudiar á un hombre normal. Y como un criminal es en siete octavos igual á los de los demás hombres, semejante estudio es, en suma, una investigacion directa en la humanidad normal.»

¿Qué medidas, qué disposiciones deben adoptarse para conseguir la desaparición de la *jerga* de los malhechores? Creemos que ninguna directa. El *caló* general, por donde debe comenzarse la elipsión, vive en las costumbres, y mientras no sea rechazado por éstas, habrá de subsistir: la cultura, la verdadera cultura, es la que únicamente podrá expulsarle de ellas. Respecto del usado por los criminales, corresponde hacer algo más. Conocidas sus causas determinantes, más factibles son los remedios. Un buen sistema penitenciario, libre del sentimentalismo, puede contribuir mucho á ello, sirviendo al efecto disposiciones bien meditadas contra la vagancia, que por ser fecundo plantel de malhechores y ocasional de bastantes delitos, conforme tendremos ocasión de hacer notar cuando nos ocupemos de la influencia de las causas económicas sobre la criminalidad, no debe dejarse, cual ahora, abandonada por completo, entregada á sí misma, libre en su acción y en su de-

Digitized by Google

letéreo influjo. Igualmente son de reputar útiles la completa educación de la juventud, que hoy, en las clases industriales y menesterosas, se reduce á una instrucción rudimentaria y rutinaria, la inspección constante y rigorosa reglamentación de ciertos establecimiontos y sitios, sin excluir las antihigiénicas y antimorales casas de dormir, la prohibición de algunas diversiones y la recogida de los niños que pululan por las calles, criándose completamente abandonados en el arroyo.

Estas medidas indirectas, la modificación, ya indicada, de torpes hábitos, y la misma difusión de su conocimiento, que cada día disminuye su utilidad, concluirán en plazo más ó menos próximo, pero concluirán de seguro, con un lenguaje cuyo fatal enlace con la criminalidad nos ha compelido á dedicarle algunas páginas, agregando nuestro pequeño óbolo á la obra colosal que para la transformación de las legislaciones positivas han emprendido y prosiguen con plausible constancia eminentes escritores de todas las naciones.

MANUEL GIL MAESTRE.

Digitized by Google

ENJUICIAMIENTO CRIMINAL *

De las cuestiones sometidas á la resolución de los jurados y preguntas á que habrán de contestar.—Doctrina del Tribunal Supremo.

(Conclusión.)

Antes de entrar en el estudio del tercer apartado del artículo 72, es conveniente que procuremos dejar sentado: 1.º, que al hacer la primera pregunta, ó sea la referente al hecho principal, precisa tener muy en cuenta el Presidente y en su caso la Sección de derecho, cuáles son los elementos esenciales é indispensables del delito que se imputa al acusado; 2.º, que fijándose muy bien en aquellos elementos ó requisitos esenciales, se divida la pregunta en tantas cuantas sean las circunstancias precisas para que pueda en su vista afirmarse la existencia del delito; por ejemplo, si se trata de un robo en casa habitada, es indispensable que se pregunte sobre el hecho de la entrada en la misma y forma en que se efectuó: que por medio de otras preguntas sucesivas se haga constar si la casa era habitada ó no: si llevaban armas todos ó alguno de los malhechores, y la cuantía del robo; punto de hecho este último que, según sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Febrero de 1890, debe declarar el veredicto y no pueden fijar los Magistrados: 3.º, que el Presidente y la Sección en su caso, se sujeten á lo dispuesto por el art. 76, que es complementario del 72 que ahora estudiamos. Ningún hecho que sirva de apoyo

---

* Véase la página 348 y siguientes de este tomo.

Digitized by Google

á las conclusiones definitivas habrá de ser olvidado, procurando ceñirse á las fórmulas que contiene el art. 76, sin que sea precepto de ley, según establece la sentencia de 5 de Enero de 1891, que al formular el Presidente las preguntas que han de ser objeto de la deliberación del Jurado, se hayan de consignar en ellas las frases empleadas por la defensa, sino que basta expresar el sentido y significación de las mismas. Así, en el caso á que la sentencia alude, ha podido el Tribunal usar del verbo *repeler* en vez del de *defender* que proponía la defensa, nó dando motivo al recurso de casación el haberse omitido al principiar las preguntas las palabras «en la ejecución del hecho, ¿han concurrido...?» «¿el hecho se ha ejecutado...?» etc., pues ellas no son de tal importancia que den lugar á él, siempre que en su contexto se expresen los hechos que sirvan de fundamento á las conclusiones definitivas de la acusación y de la defensa, como clara y terminantemente dice el art. 76, el cual, al consignar las fórmulas de las preguntas, dice que éstas han de versar sobre los hechos y no sobre otra cosa.

En resumen, fuera de la declaración de culpabilidad que se contiene en la primera pregunta y que es concepto esencialmente jurídico que deberá desaparecer y con él desaparecerán muchos errores que se observan en los veredictos, modificando también el art. 2.º, del cual es consecuencia lógica el 72, la misión del Jurado se halla reducida á la declaración de hechos probados, definiendo la Sección de derecho el delito y las circunstancias concurrentes y la pena aplicable, siendo de su competencia fijar y declarar la entidad de dichas circuntancias tomadas en consideración por el Jurado para reducir la pena al grado inmediatamente inferior al señalado por la ley, si las tiene por muy calificadas, ó imponer en otro caso el mínimun de la señalada al delito; doctrina contenida en sentencia de 5 de Febrero de 1874.

En el párrafo tercero del art. 72, de que nos venimos ocupando, se ordena que si por la acusación ó por la defensa se suscita la cuestión de considerarse cometido el delito por im-

Digitized by Google

prudencia, con descuido ó negligencia graves, ó con simple negligencia ó descuido, se hagan las correspondientes preguntas, cuya fórmula se encuentra en el art. 76; y aparte de que, recomendando la ley que en las preguntas no se comprendan conceptos jurídicos, viene á contradecirse al decir que se interrogue al Jurado respecto á si el procesado obró con intención, ó con descuido, ó con descuido ó negligencia graves, ó con simple negligencia ó descuido, según los casos, faltando para comprender todos los del art. 581 del Código penal, la simple imprudencia ó negligencia en infracción de reglamentos, ha ofrecido dudas á muchos Presidentes, cuándo esta pregunta es compatible con la primera, ó si debe prescindirse de lo referente al hecho principal para insertar únicamente la correspondiente á aquélla. Desde luego no ofrece duda alguna, cuando el Ministerio público ó la acusación privada califican el hecho de intencional, puesto que hecha á continuación la pregunta relativa á la imprudencia alegada por la defensa, viene á comprender el veredicto las dos tesis discutidas, sin que haya contradicción en el caso de que ambas se contesten afirmativamente; porque no siendo la intención elemento en absoluto indispensable para la punición de los actos criminales, ya que el Código castiga aquellas acciones que voluntariamente, pero sin intención, se ejecutan por imprevisión, imprudencia, negligencia ó descuido, causando un mal material, claro es que la segunda afirmación en el veredicto viene á modificar la responsabilidad criminal que alcanza al autor del hecho que se describe en la primera pregunta, y deben entenderse perfectamente congruentes ambas contestaciones, porque de ellas se deduce que el acusado es autor del hecho criminal por imprudencia, negligencia, impericia ó descuido, que vale tanto como decir que el acto lo realizó sin intención criminal, pero voluntaria y libremente, sin adoptar para ejecutarlo las reglas que exige la más elemental prudencia. Este estudio que hacemos del artículo es puramente práctico, y por consiguiente, consideramos absolutamente inútil entrar en otros terrenos que nos harían salir de los límites

Digitized by Google

que nos hemos trazado, repitiendo teorías que todos los lectores de la REVISTA conocen perfectamente; baste, pues, lo dicho para comprender que la falta de malicia no es causa de justificación más que en el caso del núm. 8.° del art. 8.°, esto es, cuando al ejecutar un acto lícito, en la debida diligencia, se cause un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo; en este caso, alegada esta circunstancia de exención de responsabilidad por parte de la defensa, si á ambas preguntas se contesta afirmativamente, entonces sí existe la contradicción, porque si es culpable del hecho, no cabe afirmar que concurra la causa de justificación citada, y por el contrario, si concurre ésta, forzoso es afirmar que no existe culpabilidad por parte del agente; pero si la falta de intención se alega como elemento esencial constitutivo del delito previsto en el art. 581, ó como atenuante comprendida en el núm. 3.° del art. 9.°, entonces, como hemos dicho, cabe perfectamente la afirmación á ambas preguntas, sin que dichas afirmaciones envuelvan contradicción alguna. Si el Ministerio fiscal presenta como segunda conclusión que el hecho se ha cometido por imprudencia, negligencia ó descuido, entendemos que desde luego procede hacer la pregunta de la imprudencia como principal, ya que dividiéndola en dos, como en el caso anterior, una de ellas se dirige á declarar la responsabilidad del agente por delito más grave del que ha sido objeto de la acusación, porque puede muy bien el Jurado contestar afirmativamente á la primera pregunta, que podemos llamar la ordinaria de todo veredicto, y negar la segunda, ó sea la que se dirige á calificar el hecho como comprendido en el art. 581, surgiendo un verdadero conflicto, porque esta solución vendría á contrariar el principio acusatorio que rige en la actualidad el procedimiento criminal, debiendo, en este caso, la Sección de derecho acordar la revisión, único medio que queda para enmendar el exceso cometido, ya que la devolución del veredicto al Jurado equivaldría á imponer una solución determinada, sin que tampoco, en este caso, quepa la devolución, porque contestadas en tal forma las preguntas, no

Digitized by Google

puede verdaderamente decirse que existe contradicción alguna. La pregunta procedente, á nuestro juicio, es la siguiente: «N., ¿es culpable de haber causado á M. una herida grave que le produjo la muerte, en el momento de examinar el día tantos, á tal hora y en tal sitio, sin precaución alguna, y sabiendo que estaba cargada, una pistola, obrando al ejecutar tal hecho sin intención, pero con gran imprudencia?» Excusamos repetir lo dicho más arriba; á nuestro juicio, no debiera la ley, en su artículo 76, ordenar que se preguntasen al Jurado conceptos exclusivamente jurídicos, cuales son los referentes á la imprudencia, negligencia ó descuido, y si éstos actos son ó no graves; debiera seguirse de esta pregunta el principio general que rige para todas las demás, esto es, que en ella se contuviesen todos los hechos constitutivos de la imprudencia, pero sin la calificación de ésta, que es función privativa de la Sección de derecho; pero la ley ordena otra cosa, y por consiguiente, en la forma que ella previene debe hacerse la pregunta y no en otra.

Sólo dos sentencias tenemos á la vista referentes á preguntas hechas al Jurado sobre imprudencia; en la primera, correspondiente á 1.° de Julio de 1890, se establece, que según lo dispuesto en el art. 72 de la ley del Jurado, si por la acusación ó la defensa se suscitase la cuestión de estimarse el delito cometido por imprudencia, deben formularse las preguntas encaminadas á que el veredicto conteste á dicho particular, así como todas las demás discutidas en el juicio; no hace, pues, el Tribunal Supremo en esta sentencia otra cosa que repetir lo que la ley tantas veces dice; en la segunda, que es la de 12 de Julio del mismo año, declara, que cuando en el veredicto se afirma que el que dió un empujón á un hombre embriagado no se propuso producirle daño alguno, ejercitando el hecho con imprevisión y falta de cuidado, resulta que obró con imprudencia temeraria si se empleó gran violencia, que fué causa de la caída y de que en ella se produjera la muerte; pues la diferencia entre el mal causado y el que se proponía ejecutar no altera la naturaleza del hecho punible.

Digitized by Google

A simple vista es muy difícil comprender á qué conceptos exclusivamente jurídicos, apreciables independientemente de los elementos materiales ó morales, constitutivos del delito ó de sus circunstancias, se refiere el último apartado del art. 72. Es efectivamente difícil comprender cuál es la tendencia y el concepto de ese párrafo, porque tratándose de hechos constitutivos de delito, no es fácil hallar conceptos jurídicos que no estén relacionados con tales hechos, y si bien no los encontramos en el principal, puesto que en la primera pregunta y en las que le completan, estableciendo los elementos constitutivos del delito imputado, al resolver sobre la culpabilidad ó la inculpabilidad, no sólo se aprecian de modo material los hechos, sino que se hace también su apreciación moral y jurídica, podemos encontrarlos en lo que se refiere al grado á que ha llegado el delito y á las circunstancias que en él han concurrido. Es evidente que el Jurado da los hechos probados de la sentencia en el veredicto, y los Magistrados declaran si esos hechos deben reputarse como constitutivos de delito consumado, ó decir si, por al contrario, sólo han llegado al grado de tentativa ó de frustración; y este es el elemento exclusivamente jurídico que la ley reserva á los Magistrados. En las circunstancias modificativas, puede declarar el Jurado que el acusado fué agredido ilegítimamente y la Sección de derecho decir que el medio empleado para repelar la agresión no es proporcionado con el que sirvió para el ataque, ó que, dados los hechos que se declaran en el veredicto, no tuvo el acusado necesidad racional del medio empleado para impedir la agresión; en la circunstancia séptima del art. 8.°, la misma Sección de derecho es la que tiene que declarar, en vista de los hechos, si se llenaron ó no los requisitos que enumera; en la octava del mismo artículo examinar si el acto ejecutado era ó no lícito, y si se empleó la debida diligencia; en la novena, si la fuerza impulsiva era ó no irresistible; en la décima, si el miedo era insuperable; en la undécima, si al obrar se cumplió con un deber ó se ejercitaba legítimamente un derecho; en la duodécima, si

Digitized by Google

la obediencia era ó no debida, y en la décimatercera, si la causa de la omisión era legítima é insuperable; y á este tenor en todas ó en casi todas las circunstancias, sean las que quieran, hay elementos esencialmente jurídicos, que con independencia de los puramente materiales, tiene que apreciar la Sección de derecho, porque en muchos de estos casos es necesario tener presente y á la vista multitud de definiciones legales. Y aun cuando la separación entre el elemento moral del delito y el jurídico es tan sutil que apenas lo distingue una vista muy perspicaz, efectivamente existe, y en caso de duda, este último apartado del artículo á que nos vamos refiriendo nos lo haría ver, máxime si se tiene en cuenta que estamos ocupándonos de esta materia como obreros que trabajan con pie forzado, y sin que les sea lícito traspasar la línea del derecho constituído, Esta disposición se enlaza perfectamente con la contenida en el último apartado del art. 75, en la cual se ordena que no se haga al Jurado pregunta alguna sobre la responsabilidad civil de los procesados ni de otras personas, porque como cuestión exclusivamente de derecho, corresponde también resolverla á la Sección que declara sobre aquél. Además de que no conduciría á otra cosa que á provocar contradicciones en los veredictos, ya que no es posible que, una vez declarada la responsabilidad criminal, se negase la civil ó viceversa, contrariando lo que dispone el art. 18 del Código penal, siendo por otra parte necesario que se preguntase al Jurado sobre un punto que es consecuencia lógica de la declaración de culpabilidad ó inculpabilidad contenidas en la primera pregunta.

Poco ó nada, después de lo expresado anteriormente, tenemos que decir con relación al art. 73; el Jurado declara también respecto al discernimiento del mayor de nueve y menor de quince años, y la fórmula de la pregunta está contenida en el art. 76; claro es que para hacer esta declaración no creemos que baste la reproducción, por medio de la lectura de diligencias, en el acto del juicio de la prueba sobre discernimiento, practicada en el sumario, sino que es necesario que se practi-

Digitized by Google

que de nuevo ante los jurados para que con verdadero conocimiento puedan resolver; pero como no hacemos aquí el estudio crítico de la ley, no consideramos oportuno indicar la razón de por qué creemos sería de gran conveniencia que tanto esta declaración sobre discernimiento, como la referente á la imprudencia, se dejase íntegra á la resolución de la Sección de derecho.

Del mismo modo que en el artículo anterior, nada tenemos que decir respecto al art. 74; aun cuando no existiese en la ley, claro es que se habrá de practicar lo que en el mismo se define: cada acusado debe ser declarado culpable ó inculpable con separación de los demás consortes ó codelincuentes, y cada hecho constitutivo de delito también debe ser objeto de pregunta separada; esto nos lo ha dicho ya el art. 72 en su primer apartado.

El art. 75 concede al Presidente derecho para formular además las preguntas que resultaren de las pruebas, aunque no hubieran sido comprendidas en las conclusiones de la acusación y de la defensa; pero con la limitación de que dichas preguntas no tiendan á declarar la culpabilidad del acusado ó acusados por delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación; y es claro, el procedimiento se rige hoy por el sistema acusatorio, y, por consiguiente, la Sala no puede condenar por delito más grave que el contenido en el acta de acusación. Así, pues, si el Ministerio público ó la acusación privada califican de homicidio un hecho, dentro de esta calificación, el Presidente puede hacer todas las preguntas que tiendan á declarar circunstancias modificativas de la responsabilidad; pero no debe nunca hacer ninguna sobre las agravantes que sean cualificativas ó constitutivas, por ejemplo, del delito de asesinato; antes bien obedeciendo al rigor de los principios, aun cuando resulte que ha concurrido cualquiera de las circunstancias que enumera el art. 418, debe abstenerse de preguntar sobre ello, porque entonces no sólo iría contra el principio que informa el procedimiento criminal, sino que faltaría á lo

Digitized by Google

terminantemente dispuesto en el art. 75. La Sección de derecho no tiene más campo que el que señala la calificación definitiva de la acusación, y dentro de él puede moverse con entera libertad; así, pues, lo mismo puede preguntar sobre hechos de los cuales se derivan circunstancias atenuantes, que sobre los que originen alguna agravante genérica, aun cuando no hayan sido comprendidos en las combinaciones definitivas. Esta es la interpretación que procede dar al art. 75, y es la que establece el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de Marzo de 1890, al declarar que no se incurre en quebrantamiento de forma por suponer que se estiman circunstancias no alegadas, cuando la pena que se impone es la correspondiente al delito que ha sido objeto de la acusación, porque el Tribunal, sea el que quiera, puede estimar circunstancias no alegadas que modifiquen la penalidad, única limitación que la ley establece; sobreentendiéndose siempre que los hechos fundamentales de esas circunstancias han de resultar del veredicto. Esta doctrina del Tribunal Supremo se halla confirmada por la contenida en otra sentencia de 10 de Abril de 1891, en la cual se declara que si bien tiene atribuciones el Presidente para formular otras preguntas no comprendidas en las conclusiones, siempre es con la limitación de que no tiendan á declarar la culpabilidad del acusado por un delito más grave que el que ha sido objeto de la acusación.

Puede ocurrir que del resultado de la prueba aparezca la comisión de otro delito imputable á alguno ó á algunos de los acusados, y que este delito no se halle comprendido en las conclusiones definitivas de la acusación; el caso sería muy raro, ya que apenas se concibe que el Ministerio fiscal deje de reformar sus conclusiones para incluir en ellas ese nuevo acto punible; pero puede suceder, é indudablemente ha ocurrido, cuando sobre ese caso se ha dictado la sentencia de 25 de Mayo de 1891, en la cual se establece, que esta facultad del Presidente, con la limitación que el propio art. 75 indica, se halla también circunscrita á las alteraciones ó modificaciones que las pruebas ó

Digitized by Google

el debate presenten en el acto del juicio, precisamente sobre el hecho ó hechos que dieron motivo al mismo; pero no en cuanto á otros diferentes y nuevos que conduzcan á declarar la culpabilidad del acusado por otros delitos. Encaja perfectamente en el artículo esta doctrina, ya que al hacer preguntas sobre hechos constitutivos de otro acto criminal no calificado, vendría á penarse por un delito que no había sido objeto de la acusación. Este nuevo hecho delictivo no queda impune, no se entenderá de él en ese juicio, pero se mandará proceder por su comisión en la sentencia que se dicte, y si el Presidente es previsor, hará constar en el acta todo lo necesario para que la instrucción se haga más sencilla y fructuosa.

Nada tenemos que decir respecto al art. 76, que hemos examinado al mismo tiempo que el 72, ya que puede considerarse como complementario de éste y consecuencia lógica en su primer apartado del 2.º de la misma ley estableciendo el juicio por jurados: en él se contienen los formularios á que el Presidente se ha de sujetar en la redacción de las preguntas, y no siendo hoy nuestro propósito hacer un estudio crítico de la Ley, es inútil que digamos los inconvenientes que en la práctica suele ofrecer el sujetarse á dichos formularios, ya que para variarlos sería necesario variar también los artículos 2.º, 4.º, 6.º y 7.º: la ley del Jurado está en un período, por decirlo así, de observación, y por lo mismo es más necesario poner el mayor esmero en el cumplimiento estricto de todas sus disposiciones, porque sólo así podrá notarse sus defectos de fondo y de forma, y buscarse el medio de corregirlos. Ya hemos dicho que la formación del veredicto es, con el resumen, el trabajo más delicado en esta clase de juicios, y por consiguiente, la responsabilidad moral del Presidente es grave, ya que no sólo tiene el deber de velar cuidadosamente por el cumplimiento de la Ley, sino que está obligado á que el ensayo de ésta no se haga, en cuanto él pueda evitarlo, á costa de la más completa conculcación del derecho y de la más intolerable impunidad.

Resta únicamente para terminar este trabajo examinar el

Digitized by Google

art. 77, último del capítulo que venimos estudiando, en el cual se ordena que el Presidente redactará por escrito las preguntas, leyéndolas despues en alta voz. Es muy conveniente, casi necesario, según nos ha enseñado la práctica, que se dicten dichas preguntas, porque de ese modo las partes pueden copiarlas y enterarse convenientemente de su redacción y alcance, pues por la simple lectura suele ocurrir que tanto el Ministerio fiscal, como las defensas, se aperciben de los defectos ú omisiones que puedan contener cuando ha pasado el momento oportuno para hacer las reclamaciones consiguientes: 1.°, por deficientes, 2.°, por defectuosas, 3.°, por omisión de alguna procedente; y 4.°, por indebidas; y la Sección de derecho, oyendo al Fiscal y á las defensas resuelva en el acto la reclamación. Pudiéramos reducir estos cuatro casos á tres, agrupando en uno los dos primeros; pero el Tribunal Supremo nos ha dado la definición de lo que se entiende por preguntas defectuosas en las sentencias de 15 de Noviembre y 20 de Diciembre de 1889, declarando lo son aquellas en las cuales no hay unidad de concepto, ó las que acumulan en una misma pregunta términos que puedan ser contestados afirmativamente unos, y otros negativamente; y deficientes las que son generales y vagas, y no concretas y atinentes al hecho descrito en las conclusiones; y claro es que hecha la reclamación oportuna contra ellas, procede el recurso de casación cuando la Sala se niega á insertar en el veredicto las pertinentes propuestas por las partes y dirigidas á suplir las deficiencias que se noten (Sent. 26 de Noviembre de 1889); no dándose nunca por incumplimiento de los artículos 72 y 73 de la Ley del Jurado lugar á dicho recurso por infracción de ley, sino por quebrantamiento de forma, según terminantemente disponen las sentencias de 24 de Enero y 10 de Febrero de 1891. Mas si, por el contrario, la pregunta redactada por el Presidente no es deficiente, sino la que procedía, no cabe el indicado recurso. (Sent. de 10 de Enero de 1890.)

Si la pregunta versa sólo, como manda la Ley, sobre el hecho principal que motivó el procedimiento, no conteniendo

Digitized by Google

términos antitéticos, reuniendo la claridad y unidad de concepto necesarias para poder ser contestada afirmativamente por los jurados, no cabe que se divida en dos, ni hay infracción del art. 77, según se declara en sentencia de 22 de Noviembre de 1890; estableciéndose en otra sentencia de 7 de Marzo de 1891, que es improcedente el recurso fundado en el art. 77 de la ley del Jurado y en el núm. 1.º del 911 de la de Enjuiciamiento criminal, cuando se deniega la ampliación de la pregunta del veredicto, si tal ampliación no solamente es innecesaria é inconducente al objeto del juicio, sino que ni aun puede derivarse de las conclusiones de la parte que lo pretende, en el estado en que la misma las mantiene; mientras son motivo de casación, conforme á la sentencia de 20 de Diciembre de 1889, las inconciliables contestaciones entre dos preguntas contradictorias, cuando el Tribunal no atiende á la petición de la parte para ponerlas en armonía.

Si deja de hacerse alguna pregunta que surja de los hechos y dé origen á alguna circunstancia, ya sea constitutiva, ya genérica, procede también el recurso de casación, cuando la Sala se niega á admitirla y se ha formulado la oportuna protesta, como, por ejemplo, si se solicita por la defensa ó por el Ministerio público que se pregunte sobre la cuantía del robo. (Sentencia de 14 de Febrero de 1890.)

Respecto á preguntas impertinentes ó indebidas, nada tenemos que añadir á lo que hemos dicho al tratar de las referentes á circunstancias modificativas de la responsabilidad, mereciendo la denominación de tales, las que piden á los jurados una calificación legal de los hechos, lo cual corresponde exclusivamente á los Jueces de derecho (Sent. de 30 de Diciembre de 1889), y las que impliquen conceptos exclusivamente jurídicos. (Sents. de 28 de Mayo y 25 de Noviembre de 1890.)

Hemos terminado este estudio; para llevarlo á cabo nos hemos inspirado principalmente en la doctrina del Tribunal Supremo, que con clara y constante uniformidad viene seña-

Digitized by Google

lando el alcance é inteligencia de los artículos referentes á las preguntas que deban dirigirse al Jurado, y en la propia observación; restando indicar que para que pueda formularse un veredicto que llene por completo lo ordenado en las disposiciones referidas, es preciso prescindir de apasionamientos en pro ó en contra de la Institución, de los cuales debe huir todo aquel que tenga que figurar de algún modo en los juicios. Suponiendo que la Institución no sea admisible y que los defectos de la Ley sean muchos, la Sección de derecho no está facultada para obrar bajo el impulso de esas impresiones; su deber es obedecer la Ley y cumplirla, desempeñando en la forma mejor posible la alta misión que aquélla le encomienda, no olvidando que el Jurado no juzga sólo de si los hechos se han realizado en determinadas circunstancias del orden meramente físico, sino que, conforme al art. 2.°, está encargado de la cuestión de la imputabilidad, que es la más grave del Derecho penal, ya que declara sobre la culpabilidad ó inculpabilidad de los acusados, que es cuestión esencialmente jurídica, determinando además su veredicto si los procesados están ó no exentos de responsabilidad, ya que, aunque sus contestaciones sólo se refieren á los hechos, es casi imposible al hacer tales declaraciones la separación del hecho y del derecho, y que para desarrollar lo que disponen los artículos 2.° y 3.° de la Ley, que determinan la competencia del Jurado, se han escrito los que se refieren á las preguntas, que en realidad obedecen al espíritu en que están inspirados aquéllos. El Jurado no declara sólo sobre el hecho aislado, sino que, según lo que disponen dichos artículos, examina el concepto moral, la naturaleza moral de ese mismo hecho, y por consiguiente, es necesario que se tenga muy en cuenta que las preguntas han de dirigirse á la declaración, como dice el art. 72, de los elementos morales y materiales del delito, á las condiciones de su ejecución, y á las circunstancias que hayan concurrido en el hecho y en el agente y en el sujeto del delito mismo.

Finalmente, si los Tribunales se penetran bien del espí-

Digitized by Google

ritu de la Ley sobre el alcance de las preguntas, y procuran amoldarse en su redacción á los deseos de aquélla, y si estudian con detenimiento la doctrina autorizada del Tribunal Supremo en la materia, la difícil labor encomendada á los Presidentes de la Sección de derecho se facilitará de modo extraordinario en bien de la recta administración de la justicia.

FELIPE POZZI Y GENTÓN,
Magistrado de Audiencia territorial.

Digitized by Google

ESTUDIO SOBRE LA PATRIA POTESTAD

De todas las ramas que componen la ciencia del Derecho, ninguna tan interesante ni tan digna de estudio como el Derecho civil. Constituído por elementos como la familia y la propiedad, bases fundamentales de la vida social; con imperio tan universal, que se extiende sobre todos los hombres; con esfera de acción tan extensa, que protege á la persona desde antes de nacer y respeta su voluntad hasta después de su muerte, tiene indudablemente una transcendencia y una importancia que no pueden ostentar las otras ramas de la ciencia jurídica.

Asimismo, dentro de la esfera del Derecho civil, no existe entre todas las partes que lo constituyen ninguna tampoco que supere en importancia y transcendencia á la que, teniendo por objeto reglamentar la organización de la sociedad familiar, es conocida con el nombre de *Derecho de familia*. La familia, en efecto, es el prototipo de toda institución social, puesto que ella tan sólo ha podido servir de base indestructible á la formación de círculos y organismos sociales más amplios y complejos, necesarios para el total cumplimiento de los fines de la vida humana; la familia constituye la única realización legítima del precepto divino de la propagación de nuestra especie, mediante la sacrosanta institución del matrimonio; dentro de la familia es donde alcanzan pleno desarrollo las ideas, tan indispensables á la vida social, de asociación y comunidad, por virtud de esa íntima unión entre los cónyuges, que origina

Digitized by Google

una nueva personalidad, determinada por una compenetración de ideas, de sentimientos, de aspiraciones, de intereses; en la familia se manifiesta con vigorosa expresión la idea de poder, tan necesaria también á toda sociedad organizada, gracias á la suprema autoridad del padre, verdadero jefe del estado doméstico; los ideales morales y religiosos, sin los cuales nuestra vida se distinguiría bien poco de la puramente animal de las especies inferiores, en la familia encuentran propio y abonado campo donde ser cultivados y producir sazonados frutos; sin la familia, verdadera escuela de educación donde se enseña con el ejemplo, sería irrealizable toda idea de civilización y de cultura, y por consiguiente imposibles el respeto á la vida, á la honra, á la libertad y á la propiedad de los demás, el respeto al derecho ajeno, en una palabra; y finalmente, en la familia toma carta de naturaleza el orden económico, elemento esencial de nuestra vida, mediante la aportación de bienes á la sociedad conyugal, su aumento y producción por medio del trabajo, y su ordenada distribución entre los miembros de la familia misma, dando origen á todo ese complejo orden de instituciones que forman su peculiar derecho de propiedad, ó *Derecho de familia aplicado,* en términos de rigoroso tecnicismo.

Ahora bien; si dentro de la esfera, á su vez, del derecho de familia, queremos buscar una institución que por su transcendencia y por sus fines merezca preferentemente la atención de los legisladores y el estudio de los jurisconsultos, se nos presenta, entre otras, la *patria potestad,* la cual, por la índole misma de su naturaleza, propende á un fin altamente civilizador, ó sea, como habremos de ver en el curso del presente estudio, la formación, en definitiva, de nuevos ciudadanos, dotados de aquellas condiciones que los hacen plenamente capaces para contribuir á la realización concertada y armónica de los fines sociales.

Y he aquí ya indicado el tema sobre que ha de versar este trabajo. No es, sin embargo, nuestro propósito estudiar tan importante institución fuera de los límites marcados por su des-

Digitized by Google

envolvimiento en España; pero aun dentro de esta limitada esfera no sería completo el presente estudio, si no se procediese en él bajo el plan que debe presidir siempre en toda clase de estudios jurídicos, si éstos han de dar acabada idea del asunto, y que consiste en considerar el Derecho bajo dos aspectos fundamentales, el *filosófico* y el *positivo*. Comprende el primero, el estudio de *lo que debe ser;* el segundo, el de *lo que ha sido y lo que es;* ó en otros términos, el estudio de la idea fundamental y principios constitutivos del Derecho, y el de su desarrollo en el tiempo y en el espacio, ó sea, su exteriorización en los hechos. A su vez, dentro de este último aspecto, hay que distinguir entre el tiempo pasado y el presente, resultando, por lo tanto, el Derecho dividido en la siguiente forma: *Derecho filosófico*, *Derecho histórico*, *Derecho actual*, ó bien, en términos de acostumbrado tecnicismo, *Derecho natural*, *Historia del derecho*, *Legislación vigente.*

Si se pretende ahora encontrar la razón del plan que queda expuesto, aplicado ya al estudio de una institución jurídica determinada, basta tener en cuenta, por lo que se refiere á la Filosofía, que cualquiera que sea la manera como se manifieste en la esfera de los hechos una institución, siempre lleva en sí algo de lo que constituye su esencia fundamental, y por lo tanto, sin conocer la Filosofía del Derecho, mal puede conocerse la naturaleza de la institución misma, y que ésta será tanto más perfecta cuanto traduzca con mayor exactitud y extensión el Derecho filosófico en Derecho positivo; por lo cual, preciso es conocer el primero para formar exacta idea del grado de perfección alcanzado por el segundo; y por lo que se refiere á la historia, que los hechos no se producen en la realidad aislados entre sí, sino estrechamente relacionados, siendo los anteriores determinantes de la existencia de los que les siguen, toda vez que obedecen al progreso de los tiempos y á la consiguiente modificación de las necesidades sociales. La verdad de estas afirmaciones se manifiesta bien de relieve considerando cuán engañado andaría quien pretendiese conocer á un hombre con sólo

Digitized by Google

ver su figura, oir su voz y saber su nombre, sin profundizar por medio del trato en sus condiciones de carácter, en su grado de inteligencia y en la índole de sus sentimientos, y sin averiguar los antecedentes de su vida pasada. Y lo que se dice del hombre, puede decirse de las instituciones jurídicas, puesto que por el hombre y para el hombre existen, el hombre las crea, las modifica y las destruye; y dejando en ellas marcada la huella propia de toda obra humana, puede afirmarse que participan de su misma naturaleza.

Expuesto y razonado el plan general del presente estudio, el orden lógico exige dar principio al mismo por la parte filosófica.

PRIMERA PARTE

Examen filosófico de la patria potestad

Procedamos también en esta primera parte bajo la norma de un plan rigorosamente científico.

La noción de plan es consecuencia inmediata y necesaria de la idea de ciencia. Allí donde existe un conjunto organizado de verdades, un verdadero sistema científico, allí surge natural y expontáneamente un plan. El plan arranca, pues, del fondo mismo de la ciencia. Es, digámoslo así, la manifestación de la forma interna de la ciencia misma, la distinción de sus diversas partes en sus relaciones entre sí y con el todo, y en su natural subordinación al principio fundamental que las rige.

Aplicando esta doctrina al asunto de que se trata, resulta que no sería verdadero plan aquel que adoptase puntos de vista ó criterios tomados de ciencias independientes de la del Derecho, y por lo tanto, que sólo dentro de ésta es lícito buscar la base propia y adecuada del plan que ha de seguirse, y que fácilmente se encontrará con sólo atender á la naturaleza de la institución que nos ocupa.

La patria potestad es evidentemente una relación jurídica,

Digitized by Google

puesto que reune todos los caracteres propios de esta clase de fenómenos de la vida del Derecho. El examen filosófico de toda relación jurídica, exige lógicamente, en primer término, la investigación de su *fundamento*. Mas como quiera que el fundamento de una cosa se halla íntima y directamente enlazado con el fin de la misma, constituyendo dos ideas que se determinan y explican mutuamente, y entre las cuales existe una verdadera compenetración, se impone la necesidad de investigar al mismo tiempo el *fin* de la relación jurídica. Ambos elementos constituyen lo que puede llamarse la esencia propia de la relación, conocida la cual, exige la lógica su *definición*, ó sea la expresión clara y exacta de la idea ó *concepto* de la relación misma.

Definida la relación, demanda el rigor del método investigar la causa *inmediata* de su nacimiento. Y como el derecho es la suprema condición de la vida social, y ésta se halla constituída por un orden de acciones, unas producto de la voluntad, otras de la espontánea virtualidad de las leyes físicas de nuestra naturaleza, es claro que las acciones humanas son la fuente principal de las relaciones jurídicas. Decimos *principal*, porque el hombre necesita de los servicios que le prestan las cosas del mundo exterior, que por extensión puede decirse que forman parte del hombre mismo, y de aquí se deduce que también los fenómenos de la naturaleza inanimada pueden ser por modo indirecto fuente de relaciones jurídicas. Ahora bien; como aquellas acciones y estos fenómenos entran en la categoría universal de *hechos*, tomada esta palabra en el sentido de *manifestación de la realidad*, resulta en definitiva que el segundo problema que hay que resolver es éste: *hechos que originan la existencia de la relación jurídica.*

Resuelto este problema, la lógica nos lleva como por la mano á la investigación del conjunto de derechos y obligaciones que forman el *contenido* de la relación.

Tales derechos y obligaciones son siempre atribuídos á determinadas personas, llamadas *sujetos* de la relación jurídica,

Digitized by Google

y que se distinguen en dos clases: *sujeto activo*, ó sea el que ejercita derechos, y *sujeto pasivo*, que es el que cumple obligaciones; de donde nace la necesidad de indagar primeramente cuáles sean las personas que, en concepto de tales sujetos, constituyen el *elemento personal* de la relación, y la manera, extensión y límites con que se manifiesta su personalidad en cada caso.

Asimismo, el completo desarrollo y adecuada funcionalidad de toda clase de relaciones, exige la concurrencia de ciertas condiciones que el llamado *Derecho para el Derecho* ha de prestar, y sin las cuales la efectividad de la relación sería ineficaz ó incompleta, y á veces hasta imposible.

De aquí la precisión de examinar, como complemento del estudio referente al contenido de toda relación, la suma de *elementos*, que se pueden llamar *formales*, comprensivos de las condiciones de *garantía*, necesarias á su *total efectividad*.

Deducción lógica de lo expuesto es, que siendo necesario para la acabada eficacia de una relación jurídica cualquiera, el concurso de todos los elementos indicados, la falta de alguno de ellos, y principalmente de las condiciones exigidas para ser sujeto de la relación misma, ó de aquellas que constituyen el elemento formal, impedirá su perfecto desenvolvimiento, dando lugar á una suspensión de sus efectos, ó bien de la propia relación, según el mayor ó menor grado de esencialidad de tales condiciones. Hay, pues, que estudiar también la *suspensión* de la relación jurídica y de sus efectos.

Debe, por último, estudiarse su *extinción*, ya sea producida por el cumplimiento del fin propio de la relación, ya por la muerte de las personas entre las cuales fué establecida, siempre que la existencia de éstas fuese condición indispensable para la subsistencia de aquélla, de tal manera, que la cualidad de sujeto de la misma no pudiera derivarse en los herederos.

Sobre las bases expuestas ofrécense ya deslindados los términos del plan que hay que seguir en el examen filosófico de

Digitized by Google

la patria potestad, y en su virtud, esta primera parte resulta subdividida en las siguientes: 1.ª, fundamento y fin de la patria potestad; su concepto y definición: 2.ª, hechos que dan origen al nacimiento de la patria potestad: 3.ª, contenido de la patria potestad; elementos personales; elementos reales; elementos formales: 4.ª, suspensión de la patria potestad y de sus efectos: 5.ª, extinción de la patria potestad. Cada una será objeto de un capítulo.

Fijado el plan, y antes de entrar en el examen de cada una de sus partes, conviene resolver una cuestión previa, la del nombre de la institución que nos ocupa.

Patria potestad fué llamada en Roma, y con este nombre, verdaderamente tradicional, es conocida todavía en todos los pueblos. El origen de esta denominación es bien sabido. Basadas todas las relaciones que el Derecho romano reconocía entre el padre y el hijo en el principio de *propiedad*, tan fecundo en aplicaciones y consecuencias en aquella legislación, y por virtud del cual todos los miembros de la familia, como si fuesen cosas y no personas, pertenecían al dominio del padre, forzosamente se imponía el adoptar una denominación puramente expresiva de la idea de *poder*, verdadero fundamento de las absurdas facultades concedidas al padre, que hicieron de la patria potestad la institución más original y característica del derecho del pueblo-rey. El progreso de la Filosofía del Derecho condena hoy semejantes principios, y los sustituye con otros más conformes con la naturaleza humana, que, en buena lógica, piden nueva y más exacta denominación. La idea de *poder paterno*, por otra parte, hállase hoy circunscrita á un limitado aspecto de la institución, cual es, el derecho de corrección que al padre compete sobre la persona del hijo, ó á lo más, en sentido lato, al conjunto de facultades que se le atribuyan, y por lo tanto, peca también en rigor de imcompleta la denominación romana. Ahora bien; si la inexactitud del nombre es evidente, no lo es menos la dificultad de sustituirlo por otro mejor. El Sr. Manresa, en sus notables *Comentarios al Código*

Digitized by Google

civil, dice que los ilustres autores del Código de Napoleón propusieron que se sustituyese el epígrafe *De la patria potestad*, poniendo en su lugar *De los derechos y deberes de los padres*, como pretendía Boulay, ó *De la autoridad del padre y de la madre*, según indicó Berlier. Ambas opiniones son inaceptables. La primera, por su indeterminación, toda vez que los padres tienen, respecto de los hijos, derechos y deberes ajenos á la esfera propia de la institución de que se trata, y por su impropiedad, puesto que la idea del *deber* pertenece más bien al orden moral que al jurídico, el cual, en rigor, únicamente engendra *obligaciones*, porque sólo éstas pueden ser hechas efectivas por la coacción, mientras que los deberes tienen su exclusiva sanción en la conciencia. La segunda, porque atiende tan sólo, según arriba dejamos indicado, á un limitado aspecto de la institución, cual es, el de *autoridad*, *poder* ó *potestad*, y en suma, no altera, antes bien reproduce, aunque con distintas palabras, la denominación que pretende sustituir.

La más aproximada á la verdad, aunque no puramente filosófica, sería la siguiente: *Derechos y obligaciones de protección y autoridad de los padres para con los hijos.* Pero tanto ésta como cualesquiera otras que de su índole pudieran adoptarse, constituirían más bien verdaderas definiciones, ó acaso descripciones, faltándoles aquellos caracteres de brevedad y concisión, expresivos de esa superior unidad sintética propia de cualquiera denominación perfecta, como lo era, sin duda, en Roma la de *patria potestad*. Tales dificultades, unidas á la fuerza de la tradición y al secular arraigo del Derecho romano, han influído de tal manera en legisladores y tratadistas, que en códigos y libros sigue imperando la antigua y conocida denominación. Y si á esto se agrega, descendiendo de la región de los principios á la esfera práctica, que, como dice Laurent, citado también por el Sr. Manresa en sus *Comentarios,* no hay obstáculo en que se exprese con un nombre antiguo un concepto nuevo, quedará justificado el respeto consagrado en el presente estudio á la histórica y universal denominación.

Digitized by Google

Salvada ya esta cuestión, que no por ser de nombre deja de tener su importancia, entremos de lleno en la materia que nos proponemos investigar.

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTO Y FIN DE LA PATRIA POTESTAD.—SU CONCEPTO Y DEFINICIÓN.

Las teorías que pretenden explicar el fundamento de la patria potestad, pueden reducirse á las siguientes: 1.ª, la del dominio del padre sobre el hijo; 2.ª, la del convenio tácito entre el padre y el hijo; 3.ª, la del convenio entre el marido y la mujer; 4.ª, la del mero hecho de la paternidad natural; 5.ª, la de la reparación del supuesto delito de la generación, y 6.ª, la que se funda en la necesidad de completar la personalidad del hijo y conseguir el pleno desarrollo de sus facultades, para que pueda gobernarse por sí mismo.

Examinémoslas.

Primera teoría.—Tiene por base esta teoría el falso principio de considerar al padre como dueño absoluto del hijo. Nacida evidentemente bajo la influencia del primitivo Derecho romano, es absurda por completo á la luz de la sana filosofía. Fué lógica en Roma, donde el paganismo por una parte, desconociendo la igualdad humana, y por otra la absoluta consagración del llamado *derecho de ciudad*, dando vida á creaciones tan artificiosas y originales como el *dominio quiritario*, imprimieron á la institución de la patria potestad un carácter eminentemente *civil*, divorciándola por completo del Derecho natural, y justificando su existencia en el principio de *propiedad*, como expresivamente lo da á entender el conocido aforismo *quod pater familias uti legasit super pecunia tutela ve suæ rei, ita jus esto*. Pero pretender constituir la patria potestad sobre tales principios, hoy que está reconocida como institución de de Derecho natural, es contradicción inexplicable y desconocimiento completo de nuestra propia naturaleza. El supuesto de

Digitized by Google

ser el hijo en absoluto obra del padre, no es rigorosamente exacto, porque la parte más noble y principal del hombre, que es el alma, es obra exclusiva de Dios, verdad inconcusa que basta á destruir esta teoría por su base, toda vez que, de aceptarla, se llegaría en rigorosa lógica á la ineludible consecuencia de que el padre sólo podría tener patria potestad sobre el cuerpo del hijo, y no sobre el alma, cosa materialmente imposible. Además, se desconoce por esta teoría cuán opuesto es á la condición de la humana naturaleza el someter al ser racional al dominio de nadie, el cual sólo puede ejercerse sobre las cosas, y á lo más en un sentido extensivo sobre los actos humanos, pero nunca sobre las personas mismas. Desconoce también que la igualdad entre todos los hombres es hoy una verdad universalmente reconocida. Y olvida, por último, que las facultades inherentes al espíritu humano están á salvo de la influencia de las relaciones civiles, que pueden servirse de ellas mediante actos libres del hombre, pero no hacerlas objeto de dominio, lo cual ni aun al hombre mismo es permitido, por no serle lícito anularlas destruyendo su propia vida, ni siquiera dirigirlas á fines distintos de aquellos que le están señalados y que son de ineludible cumplimiento.

Segunda teoría.—Supone que la patria potestad tiene su fundamento en un convenio tácito entre el padre y el hijo, por virtud del cual aquél adquiere el derecho de ejercerla. Su falsedad resulta patente de las siguientes reflexiones. Los derechos y obligaciones propios de la patria potestad no pueden crearse por ninguna especie de contratos, porque radicando en el fondo mismo de la naturaleza humana, son superiores á la voluntad, que es en definitiva la fuente de todo contrato: reflexión confirmada por la misma teoría que analizamos al sostener, y con razón, la indefectibilidad de la patria potestad, lo que equivale, en suma, á reconocer una base superior á la voluntad humana. Por otra parte, de aceptar esta teoría, se incurre necesariamente en uno de estos dos errores: ó hay que reconocer á los hijos capacidad para contratar por sí mis-

Digitized by Google

mos desde el momento de nacer, lo cual equivale á negar los principios jurídicos más elementales, ó hay que convenir en que la patria potestad no puede ser un hecho hasta que el hijo tenga la suficiente capacidad para contratar, en cuyo caso ya no sería necesaria, ó por lo menos no existiría durante aquellos años de la vida en que su existencia es más precisa. Quizá pueda argumentarse que, tratándose de un contrato tacito, es innecesaria la intervención expresa de la voluntad; pero se olvida que, aunque así sea, siempre será precisa la realización de algún hecho voluntario del cual pueda inferirse el presunto consentimiento, requisito esencial del contrato.

Tercera teoría.—Es la que tiene por base el supuesto convenio entre el marido y la mujer, por el cual resuelven ejercer la patria potestad.

Aunque no tan absurda como la anterior, le son en gran parte aplicables las principales razones expuestas contra ella, en el mero hecho de tomar el contrato por fundamento. Además, incurre en el error de reducir la patria potestad á muy limitada esfera, toda vez que el convenio que se dice le sirve de base, sólo puede celebrarse entre padre y madre unidos matrimonialmente, quedando por tanto fuera de la patria potestad los hijos extramatrimoniales, ó sean los ilegítimos y los adoptivos; solución completamente opuesta á los buenos principios jurídicos, como se demostrará en su lugar oportuno.

Cuarta teoría.—Consiste en fundamentar la patria potestad en el mero hecho de la *paternidad natural.*

A primera vista parece ser la más exacta, y sin embargo, no resiste á un atento y reflexivo análisis.

Tres señalados errores la hacen inaceptable: 1.º, que á semejanza de la anterior, excluye de la patria potestad á los hijos adoptivos; 2.º, que identifica la esfera de acción de la patria potestad, nacida de la paternidad ilegítima, con la de aquella que nace de la paternidad legítima, siendo así que, por más que ambas tienen el mismo fundamento, es más limitada la primera, en razón á que la situación que supone en-

Digitized by Google

tre el padre y el hijo merma considerablemente el número y eficacia de las condiciones necesarias para el completo desenvolvimiento de la patria potestad, como veremos en su lugar; 3.º, que evidentemente confunde conceptos tan distintos como los de *causa eficiente* y *causa ocasional*, pues una cosa es que el nacimiento del hijo dé *lugar*, *motivo* ú *ocasión* á la existencia de la patria potestad, y otra que constituya su fundamento filosófico. Lo que puede demostrar y demuestra esta teoría, es que por el mero hecho de la paternidad natural, el padre puede y debe ejercer la patria potestad, pero no por qué y para qué la ejerce.

Quinta teoría.—Considera la patria potestad como reparación del *delito* cometido por los padres al dar vida á seres que no pueden regirse por sí mismos, y que, por tanto, necesitan del auxilio de los autores de su existencia.

Nada más opuesto al Derecho y á la sana razón que semejante doctrina. Decir en absoluto que el acto de la generación es un delito, equivale á negar la legitimidad del matrimonio, á condenar el principio universal de la propagación de las especies, á lanzar el estigma de delincuentes sobre todos los padres, á ir, en suma, contra la misma organización física y espiritual del hombre, ordenada por quien no puede delinquir ni equivocarse. El hombre, al reproducirse mediante unión legítima, cumple con una ley natural y divina, y el que cumple con la ley, jamás delinque. Por lo demás, según esta teoría, como observa profundamente el Sr. Giner (1), «debiera ser mucho más íntima esta relación (la del poder paterno), para con los hijos nacidos de uniones criminales, en cuyo caso la injusticia es mayor, ó más bien, en cuyo único caso hay injusticia por parte de los padres».

Sexta teoría.—Antes de exponer la teoría que tenemos por verdadera, procuremos colocarnos dentro de la esfera jurídica,

---

(1) *Principios de Derecho natural.*

Digitized by Google

único campo propio de investigación en la materia; distingamos cuidadosamente la ciencia del Derecho de otras que de ella son afines, pero que tienen finalidad inmediata diferente; no confundamos, en una palabra, el orden moral y la Religión con el orden jurídico, incurriendo en el error de pretender encontrar el fundamento de muchas instituciones propias del derecho en los principios de la Religión ó de la Moral. Y tanto más debemos huir de esta tendencia, cuanto que precisamente se observa tal confusión en mayor grado tratándose de instituciones que se relacionan con la vida de la familia, donde con preferencia se cultivan las ideas morales y religiosas.

Originase de lo expuesto la muy frecuente equivocación de basar la patria potestad en el principio puramente moral que aconseja prestar auxilio y asistencia á aquellas personas que de nosotros han recibido el ser, atendiendo tan sólo á que así se realiza el bien, ó en la consideración, meramente religiosa, de ser conforme á la voluntad de Dios el amor y ayuda constantes entre padres é hijos, hasta el punto de sacrificarse en aras de su mutua felicidad, olvidándose que la patria potestad es una institución de carácter puramente jurídico y se inspira en necesidades impuestas por la condición de la humana naturaleza, originando todo un orden de derechos, y por lo tanto de obligaciones perfectas, externas, coactivas, verdaderamente jurídicas, en una palabra. Los principios de la Moral y los preceptos de la Religión engendran, por el contrario, relaciones puramente internas, ó de conciencia, incapaces, por su propia naturaleza, de ser hechas efectivas por la coacción; producen *deberes,* en el verdadero sentido de la palabra, y obedecen, al regular relaciones entre padres é hijos, á la ley del amor, que es ley natural; pero que rigiendo también otras relaciones distintas de las de paternidad, impone deberes aun entre personas que no están ligadas por los vínculos de la sangre. Y marcando aun más la diferencia, diremos que los deberes morales y religiosos entre padres é hijos son permanentes y duran tanto como la vida de aquéllos, porque la ley de amor que los ins-

Digitized by Google

pira también es permanente, en tanto que los deberes jurídicos, ó sean las obligaciones, originadas por la patria potestad, tienen su término natural allí donde se extingue la necesidad que les dió vida. Así, por ejemplo, y aunque sea adelantando ideas, observaremos que el hijo debe siempre al padre respeto y reverencia; pero no está obligado, sino hasta cierta edad, á solicitar su licencia para contraer matrimonio: en el primer caso predomina la influencia del orden moral; en el segundo la del jurídico.

Una vez ya dentro de la esfera propia de esta investigación, veamos cómo arranca la patria potestad del fondo mismo de la naturaleza en general y en particular de la naturaleza humana.

Es una ley universal que todo ser se desenvuelve dentro de la esfera de otro que le presta aquellas condiciones de vida necesarias para conseguir su completo desarrollo. Así como en el reino vegetal, la planta crece y se desarrolla en el seno de la madre tierra, fecundada por el calor del sol y la frescura del agua, así en el reino animal el nuevo ser crece y se desarrolla también bajo el amparo de aquel otro que lo engendró y que, comunicándole su propia vida, le hace capaz para regirse por sí propio y cumplir el fin para que fué criado. Pues dentro del reino animal, aun se observa esta ley con mayor rigor en la especie humana. Al nacer el hombre, al encontrarse en estado tan débil y rudimentario como el de la iniciación de su desarrollo físico y espiritual, sería su vida imposible si fuese abandonado á sus propias fuerzas. De la misma manera, si quedase entregado á sus primeros y naturales instintos, sin dirigir ni cultivar su espíritu, viviría una vida puramente animal y salvaje. Para llegar al término de su propio desenvolvimiento, necesita pasar por un período durante el cual se opera en todo su organismo una elaboración progresiva, por cuya virtud, todas sus facultades van adquiriendo gradualmente la plenitud de sus funciones. Entre tanto, la vida propia no puede obrar todavía de manera totalmente armónica y conforme con el des-

Digitized by Google

tino humano, sin que otra vida venga á completarla en su evolución, por sí imperfecta, dirigiéndola por la senda de un desarrollo tan acabado cuanto sea posible. Y he aquí el verdadero fundamento de la patria potestad: la necesidad de que la vida del hijo, durante el período de su gradual desarrollo, sea completada y dirigida por la de sus padres.

Del fundamento expuesto dedúcese sin esfuerzo alguno el fin de la patria potestad, el cual no es únicamente, como pudiera creerse, la consecución del desarrollo físico y espiritual del hijo en la medida necesaria para que pueda gobernarse por sí mismo: éste es tan sólo uno de sus fines. El otro, de no menor transcendencia, es el complemento, por parte de los padres, de la personalidad de los hijos. El hombre, en efecto, desde el momento de nacer, tiene fines que cumplir, y por lo tanto, el Derecho, desde ese mismo momento, le reconoce la cualidad de *persona*, es decir, de *ser capaz de derechos y obligaciones*, y por ende, le reconoce también verdadera *capacidad jurídica*. Mas como quiera que durante su menor edad no puede ejercitar por sí mismo esos derechos, ni cumplir esas obligaciones, puesto que, á causa de su incompleto desarrollo, carece de *capacidad de obrar*, de aquí la necesidad de que otra persona que tenga *capacidad plena* venga á completar su personalidad, sustituyéndose en su lugar, para que sea posible la realización de los actos jurídicos.

Ahora bien; como el fin último de una entidad cualquiera debe ser uno y no múltiple, claro es que de los dos que se acaban de señalar, uno de ellos tiene que ser primordial y otro subordinado. El hombre no se concibe sin fines que cumplir; el cumplimiento de estos fines exige el auxilio del Derecho; el fin cuya realización es más necesaria, como que sin ella es imposible la de los demás, es la integridad de la vida; luego el Derecho es condición indispensable para la vida. Por otra parte, el pleno desarrollo de las facultades físicas y espirituales del hombre, supone también la integridad de las mismas, ó sea la efectividad del hecho de vivir; luego si el Derecho es auxi-

Digitized by Google

liar preciso para la vida, lo es también sin duda para el pleno desarrollo de las facultades humanas. A su vez, el complemento de la personalidad del hijo, realizado por los padres, se dirige en definitiva á la realización del Derecho por parte de aquél, que no puede verificarlo por sí; luego si para el pleno desarrollo de las facultades humanas es indispensable el Derecho, y la realización de éste se hace posible por el complemento de la personalidad, esto *complemento* viene á resultar también obligado antecedente de la *efectividad* de aquel desarrollo, y por lo tanto, constituye el *fin subordinado de la patria potestad*, constituyendo, en su consecuencia, dicha *efectividad*, *el fin primordial de la misma*.

Con lo que va dicho existen elementos sobrados para fijar el verdadero concepto de la institución de que se trata. Pero antes, y para que resalte más su marcado carácter jurídico, conviene hacer notar la intima relación que la patria potestad mantiene con todas aquellas instituciones que, cual la tutela, el consejo de familia, ciertas fundaciones benéficas, etc., tienen por objeto proteger y dirigir á las personas que por su edad no pueden regirse por sí propias. Y es tan estrecha esa relación, que compenetrándose entre sí tales instituciones, puede decirse que constituyen una sola con variedad de aspectos y manifestaciones, y cuyo tipo primordial es la patria potestad, siendo las demás sustitutivas ó complementarias de ella. Todas tienen la misma naturaleza, el mismo fundamento filosófico, el mismo fin, y sólo se diferencian en su diversa funcionalidad, que si análoga en el fondo, presenta variedad de caracteres, á causa de ser distinto en cada una el sujeto obligado á la prestación de condiciones. Ahora bien; si es indudable la esencialidad jurídica de todas esas instituciones, y su naturaleza es idéntica á la de la patria potestad, resulta demostrado una vez más que ésta es eminentemente jurídica.

Exponer en expresiva síntesis el concepto de una cosa, vale tanto como definirla, y si ya tenemos los elementos inte-

Digitized by Google

grantes para formar concepto de la patria potestad, concluyamos diciendo que es *una institución jurídica que tiene por objeto la prestación por parte de los padres de las condiciones necesarias para completar la personalidad del hijo y conseguir el perfecto desarrollo de sus facultades físicas y espirituales en el grado indispensable á la posibilidad de regirse por sí mismo en la vida social.*

(Se continuará).

JOSÉ PORCEL Y SOLER,
Juez de primera instancia de Huelma (Jaen.)

Digitized by Google

NUEVO DERECHO SOBRE INDEMNIZACIONES

A la vertiginosa vida moderna, cuyos adelantos palpables se muestran de relieve en el sinnúmero de máquinas de toda clase, periódicos y libros que invaden desde la elevada bohardilla al regio salón, y en el vuelo que han tomado todas las ciencias, especialmente las especulativas y sociológicas, haciendo recaer sobre el centenario que acabará en 1899 el dictado de siglo de las luces, corresponde un atraso manifiesto en la esfera del derecho positivo, que no ha encontrado Cámaras pilas ni Ministerios locomotora que le impulsaran como la corriente eléctrica por los alambres y el vapor de agua por las cintas de hierro, en los nuevos derroteros de ilustración y grandeza que los sabios han impreso en la civilización, y en derecho civil y penal, en el mercantil y administrativo, en el internacional y el político, en todos, en fin, se conservan moldes añejos que no corresponden á la altura de la época presente, ni se aproximan siquiera al derecho natural, fuente limpia y clara en todos los tiempos de moralidad y de justicia.

De una parte el incesante clamar de las clases acomodadas, de otra el hervor de las nuevas aspiraciones y de la general miseria, piden remedios especialmente á los poderes políticos, en cuanto son los que producen el régimen legislativo y establecen el derecho; pero tan confusa algarabía, semejante á la que subsiguió al diluvio, no deja oir á los gobernantes, no deja meditar á los electores, y pasan los años y avanzan las ideas y

Digitized by Google

claman los necesitados, sin que nadie oiga ni atienda los gritos del que la ola embravecida de la diaria lucha entierra para siempre.

En favor de esta clase de oprimidos vamos á romper nosotros una modesta lanza, pues tenemos la firme creencia de que más que reformas políticas y aun económicas se necesitan otras que encaucen las nuevas corrientes de la actividad humana y remedien todo atropello, haciendo cesar esta especie de anarquía moral, que consiste en la falta de leyes reguladoras de las necesidades comunes, en el desequilibrio de los preceptos jurídicos con los principios de justicia más rudimentarios y en el abandono de los intereses sociales, abandono que hace á los Gobiernos esposos divorciados de la Patria, ricos divorciados de los pobres, patronos divorciados de los obreros, administradores que no se preocupan del bienestar ni del porvenir de sus administrados.

Una de las materias más abandonadas por nuestros legisladores es la de indemnizaciones; tan importante como que, en union de la penal, es complemento preciso de los demás derechos, y lleva envuelta en su resolución el primero de todos para un país civilizado, el derecho á la vida é integridad personal, que, cuando se lesiona, en indemnización ha de traducirse, y sobre cuya materia no rigen ya ni siquiera las anticuadas leyes romanas, ni los bárbaros castigos que establecían, y que muchas veces envolvían, más que una *composición*, riquezas desproporcionadas en favor del ofendido ó ultrajado, á más del sabor de la venganza, que, mientras haya mundo, no será el placer de los dioses, porque los dioses se fueron para no volver, pero será el placer de los ruines, comprado á veces á peso de oro.

Según han ido desapareciendo los castigos crueles, la *noxa* y el feudalismo, cuya ley palpitaba en la voluntad del señor de vidas y haciendas, que solía acordar esas indemnizaciones por medio muy expedito, han ido enfriándose los sentimientos de compasión hacia el atropellado, han ido volviéndose más

Digitized by Google

provocativos los atropelladores, hasta el punto que hay que glorificar, ó poco menos, al dueño del coche que tiene la dignación de bajarse para que en él se lleve á la Casa de Socorro al desgraciado que sufrió las pisadas de sus caballos y el salto de las ruedás, y siempre resulta que el arrollado es un temerario ó un suicida, y los que matan imprudentes centinelas, sordos ó locos, gentes todas de que no hay que hacer caso.

Que las Ordenanzas municipales mandan que los carruajes dentro de poblado no vayan á escape, y el que atropelló corría antes de la desgracia, y hubiera volado después si el cochero puede dominar los caballos; ¡no importa! Que el maquinista puede ahorrarse carbón, aceite, multas y reprensiones, forzando la marcha de un tren, ¡no importa! Que se desprende un trozo de alero de tejado y mata á un transeunte, ¡no importa! Que salta un registro del gas, que no se registra más que mirando al negocio de empresa, nunca hacia el bien del prójimo, ¡no importa! Que se hunde un desmonte ó una mina, que explota una caldera, que surge un incendio por descuido, etc., ¡no importa! Importa tanto á la Sociedad, como á las víctimas, por el principio de fraternidad universal, porque son tan dignas de protección y de lástima como cualquier otras, y ante todo, porque sobrevenido el caso, en el terreno de las responsabilidades exigibles y de las consecuencias lamentables, no sirve de pauta la que pudiera alcanzar el ofendido, ni se busca compensación para su desdicha, ni se atiende al origen de los males, ni se considera que el propietario de los productos y de las comodidades de las cosas que hieren ó matan, debe sufrir sus efectos en primer término, y no el que, salvo la de quedar inútil ó aplastado, ninguna relación tiene con dichos objetos.

Que nos roban en casa, que nos matan en la calle, que nos asfixian á la salida del teatro, que en vez de hacer un viaje á Irún ó Sevilla, le hacemos á la eternidad; sobre nosotros la culpa; no debíamos tener casa; no debíamos salir á la calle; no debíamos ir al teatro; no debíamos habernos embarcado; no

Digitized by Google

debiéramos haber nacido; este es el único remedio que nos dan las leyes y el único consuelo que queda para nuestras familias. Exageramos: si el que nos roba es bastante rico ó el descarrilamiento ó choque del tren en que viajamos le han preparado por distracción los empleados de la vía, se indemnizarán perjuicios más ó menos espléndidamente; pero como los ladrones y salteadores no tienen propiedades y los empleados de los ferrocarriles son más humanos que las Empresas, rara vez parece la indemnización. De atropellos de carruajes no queremos hablar, porque es evidente lo que, con especial gracejo, decía un sabio Rector de Universidad, que si no fuera por la cordura y sensatez de los caballos, nadie podría cruzar de una calle á otra en los grandes centros de población, sino á altas horas de la noche.

Y cuando la indemnización se acuerda, si son insolventes el culpable principal y el subsidiario que haber pudiera, ¿para qué sirve ese derecho? ¿A qué resultado práctico conduce la condena á su pago? Se comprende que el que fía á un perdido no recobre lo que prestó neciamente; pero no se explica que un derecho nacido de una desgracia ó de un delito, se declare sólo para cumplir la ley y constándole al Juez que le reconoce lo inútil é irrealizable de su fallo.

Muchas veces hemos oido decir en las aulas que los padres tienen obligación de proteger y socorrer á sus hijos; y si todos los ciudadanos son hijos nunca emancipados del poder de la Nación, que tiene derecho eminente sobre ellos á que la ayuden en la guerra y la paz con sus personas y bienes, es justa reciprocidad que el Estado responda de los desmanes de los perversos y restablezca el derecho de los injustamente atacados. Verdad es que un padre no es pecuniariamente responsable de los crímenes y deudas de sus hijos; pero todos procuran, caso de fratricidio, aliviar la miseria de la viuda é hijos del muerto, y caso de heridas, asegurar el sustento del que por ellas quedó inutil para el trabajo; lo que les preocupa mucho más que el castigo del culpado. Luego si somos hijos de la patria para de-

Digitized by Google

fenderla contra invasiones extranjeras y velar por su honor y decoro, seámoslo también para que, subsidiariamente, nos devuelva, en indemnizaciones, las energías de las víctimas inmoladas por el puñal asesino, por el vértigo de las pasiones populares ó por los varios accidentes de la vida social.

La responsabilidad directa sin la subsidiaria, en los casos de indemnización de perjuicios, no es admisible, entre otras razones, porque haría de peor condición á los más dignos de ayuda y consuelo; y esa responsabilidad subsidiaria no puede recaer sobre otra entidad que el Estado y sus corporaciones, de quienes hasta ahora, salvo rarísima excepción, no han sido hijos predilectos más que sus empleados, con cesantías y pensiones, que no obedecen al caso de accidente desgraciado, pero que le comprenden, como el metro comprende el decímetro, y aumentan su importancia cuando el muerto ó herido lo fué en función ó acto del servicio.

Es actual precepto jurídico que el caso fortuito no origina indemnización de perjuicios, principio que se aplica con cierta tendencia mulsumana hacia el «estaba escrito», que sí lo estará; pero sucede que mueren en la guerra muchos más militares que curiosos, en las construcciones más obreros que en el campo, en los hundimientos más vecinos que personas de su trato, en los trenes más pasajeros que gente que cruce el camino, etc., y el llamado caso fortuito, cuando no es su causa un fenómeno extraordinario de la naturaleza, una conmoción ó inversión de sus leyes físicas, reproductivas ó miasmáticas, no es tal caso fortuito; es un caso que puede preverse y castigarse; es un caso previsto que ocurre tantas más veces cuanto menos precauciones se toman, cuanto peor sea la barandilla que sirve de pasamanos al albañil, cuanto más antigua ó descuidada se halle la vía férrea, cuanto menos ilustrados ó juiciosos sean los maquinistas, cuanto menos se vigile dentro de las minas y de las fábricas de materias explosivas, cuanto mayor sea el interés que se quiera sacar al capital empleado, apurando los medios de producción ó rebajando medidas de seguridad en las

Digitized by Google

industrias peligrosas y en las casas viejas, con grave riesgo del vecino y del trabajador.

Hay, pues, que separar el caso fortuito telúrico ó sobrehumano, del accidente, más ó menos probable, que se origina sin el impulso directo de ninguna fuerza extraña á las que aprisiona, maneja y utiliza la humanidad; por el primero, muerte ó destrozo por el rayo, contagio pestilente, mordedura de reptil, temblor de tierra, golpe de mar, etc., no se debe indemnización: por el segundo, nace este derecho, que, correlativamente, ha de pesar sobre los propietarios ó explotadores del edificio, fábrica, camino, salto de agua, etc., y que muchas veces ha de originar la responsabilidad subsidiaria, por limitarse la directa al valor de la construcción ó explotación donde se produjo el accidente. Hubo muertos y heridos que representan un perjuicio para los perjudicados y sus familias, perjuicio que no provocaron y que no debe quedar sin saldar. ¿Quién ha de pagarle? O el Estado, ó el propietario de la explotación. Cargar sus consecuencias sobre los más allegados á la desgracia, es duplicarla sin viso alguno de justicia.

Allá el gerente ó el constructor respondan al propietario; éste que sufra las consecuencias ó quiebras de su propiedad, y no se equiparen en una catástrofe industrial con las astillas y piezas de hierro que vuelan por el aire los ensangrentados miembros de innumerables seres humanos, que ni siquiera han de poderlos recoger á tiempo las respectivas familias para darles cristiana sepultura.

Hoy vienen á ser iguales, y preciso es variar de rumbo si han de atenderse los fueros de las personas extrañas á los peligros del capital en acción; que hartas ventajas disfruta el que le posee, y harto produce á las empresas, contratistas, armadores y patronos la benignidad y falta de vigilancia facultativa para que se cumplan con los que viajan y con los que trabajan las obligaciones más elementales.

Horroriza sin duda que el dueño de una gran casa se quede en la miseria por un hundimiento, y no horroriza tanto la san-

Digitized by Google

gre humana que se entierra entre sus escombros y las lágrimas amargas de los que sobrevivieron milagrosamente y acaso les valiera más haber hecho compañía á los desaparecidos ó hallados después sin poder siquiera conocer su sexo.

Ni tampoco es cierto que vayan á arruinarse por esto las Empresas ni los propietarios; porque, con una pequeña prima de seguro, quedarán libres de tales calamidades y accidentes, de los que hay Compañías, que, atentas al derecho escrito, aseguran al particular, sus equipajes y mercancías, invirtiéndose los términos de la obligación natural del seguro, que debe recaer sobre el que está obligado á indemnizar, no sobre quien en justicia merece y tiene perfecto derecho á ser indemnizado.

Es cuestión resuelta apenas planteada la de quién ha de sufrir las consecuencias de un accidente motivado, no por causas físicas ó geológicas extraordinarias imposibles de prever y evitar, sino por el rozamiento, rompimiento ó descomposición de los objetos aprovechados por el hombre para su vivienda, transporte ó diversión, si consideramos que el tercero que los aprovecha accidentalmente ninguna vigilancia ni dirección puede tener sobre tales objetos, ni conseguir de ellos otro beneficio que el que momentáneamente le produce su arriendo, que religiosa y anticipadamente en la mayoría de los casos paga; mientras que sus dueños ó explotadores deben prevenir su conservación y normal funcionamiento, no tanto para hacer más productiva su industria ó renta, como para no dar lugar á que su abandono origine muertes y estragos.

Pero no tratemos ya de ese abandono, causa remota de la catástrofe, ni del que lo sea inmediata. Sin tener que atribuir ninguno, sin comprobarle, el derrumbamiento ó la explosión, que llevan consigo existencias ó energías humanas, no pueden originar sólo perjuicios materiales á los propietarios, sino también responsabilidades de perjuicios originados por tales accidentes, ó en otro caso resultará que los dueños tienen derecho, no sólo á derribar sus edificios cuando les plazca, sino á que se hundan ó se derrumben, envolviendo en sus

Digitized by Google

ruinas al descuidado inquilino ó al pacífico transeunte, y que los que utilizan para sus industrias, con medios más ó menos perfectos, fuerzas peligrosas que pueden desviarse, fieras que pueden huir, ó materias explosivas siempre próximas á inflamarse, tienen á su disposición, no sólo el vuelo necesario á su industria, sino también el que tomen al escaparse ó estallar, y las vidas y haciendas de los que se encuentren á su alcance ó en el lugar del desgraciado suceso.

Difícil es la averiguación de las causas productoras de todo siniestro, pero no lo es asegurar que al transeunte que le cae encima una teja ó le coge un toro, y al viajero que alojado más ó menos cómodamente en un vehículo cruza los caminos, no se les puede hacer otro cargo que *su mala sombra*, que efectivamente lo es, aunque se les indemnice y sobrevivan al fracaso. Bastante peligro diario tiene la humanidad en su continua lucha con los elementos, con las enfermedades y con el hambre, para que todavía se pretendan cargar sobre el menos favorecido las consecuencias cada vez más peligrosas de los medios de la vida social.

Estas responsabilidades es justo que las sufra y solvente el que de modo directo está relacionado con el objeto que las produce; el que aprovecha sus rendimientos, el que regula y escoge los métodos de su explotación. Bueno sería que el Estado librara á los propietarios de estas quiebras de sus fincas, semejantes á la vejez ó muerte de los animales que nos pertenecen, ó á la pérdida de una cartera repleta de billetes de Banco, como sería bueno que en el recibo de contribución, sin aumentarla, fuera incluído el seguro contra incendios, heladas, sequías y pedriscos; mas esto no afecta al derecho del perjudicado, ni al deber del propietario de indemnizar después de haberse consumado por obra de su propiedad una desgracia.

No irá á presidio si no hay culpa ni delito perseguible; pero perderá sobre el valor del objeto destinado á reportar provecho, y que ha producido perjuicio, todo el que represente la indemnización de éste.

Digitized by Google

Con dicha disposición, después de todo absolutamente justa, se evitarán muchas reglas fiscales, muchos sobornos á inspectores y delegados, muchos sucesos funestos, cuya frecuente repetición sólo se explica por la impunidad con que se consienten.

Todos los días están ocurriendo hundimientos, choques, explosiones, atropellos y caídas, y puede asegurarse que los más de esos casos sólo se producirían de tarde en tarde variando la legislación y haciendo efectivas de los propietarios y las empresas las indemnizaciones correspondientes, salvo si probaran que el hecho fué producido por persona extraña á la explotación ó debido á la imprudencia temeraria del perjudicado.

Como una de las reglas naturales del deber de indemnizar directamente el daño causado por accidente imprevisto, es que el valor de la indemnización no pueda pasar del atribuído al objeto causante de aquél, lo que también aconseja la equidad, no se completaría el derecho del perjudicado, ni quedaría suficientemente garantido, sin la indemnización subsidiaria, que unas veces deberá pesar sobre el Estado, otras sobre sus Corporaciones, y en la mayor parte sobre ambas entidades.

En el caso fortuito industrial parecen bastante aseguradas con la responsabilidad directa del propietario las consecuencias de lo eventual; pero por lo mismo que sólo en contadas veces habrá que acudir á la responsabilidad subsídiaria, la igualdad ante la desgracia exige que supla las deficiencias de aquélla y llene sus vacíos, siquiera ésta se apoye en principios de orden distinto del anterior.

Puede decirse que la responsabilidad subsidiaria (que será directa cuando se trate de edificios públicos ó explotaciones ó servicios hechos ó monopolizados por la Administración), se refiere más expresamente á la que alcanza al padre por el hijo y al amo por el dependiente, que son las dos fases en que puede clasificarse á los ciudadanos: ó empleados ó particulares; de modo que sólo cuando el particular ó el empleado causan un

Digitized by Google

perjuicio de que son responsables y carecen de bienes con que indemnizarlo, nace la responsabilidad subsidiaria, más importante y precisa en materia penal donde tantas y tan preciadas conquistas se han conseguido, y la cual no puede considerarse completa si la primera diligencia, *dar protección al perjudicado*, no se lleva en realidad á la práctica, aunque siempre lo ordene la ley. ¿Qué protección se va á dar al perjudicado, que no lo es sólo el ofendido, sino en su defecto su familia, cuando se verifica un homicidio? La única admisible, la compensación metálica ó indemnización á que por último se condena al reo, y mucho dice en favor de nuestro criterio que, según el Código, sea el primero y más preferente de los pagos que han de hacerse al ejecutar la sentencia condenatoria. Hay un hombre muerto violentamente: tiene esposa, hijos, padres ó hermanos: pues, sin más dilación, libramiento interino expedido por el Juez, que no todos han de expedirlos los Delegados de Hacienda, para la entrega de algún socorro á cuenta de la indemnización tarifada, como hacen las Cajas de previsión. ¿Contra quién? Contra el que después ha de reintegrarse del reo, si tiene bienes en que hacerla efectiva; y fallada la causa sin sentencia absolutoria, declarada la rebeldía del culpable ó acordado el sobreseimiento provisional, libramiento definitivo por el resto.

Representada la Justicia por una balanza y una espada, si por el delito queda vacío el platillo del derecho del perjudicado, para que recobre el equilibrio es necesario echar en él el peso de la indemnización, sin lo que, realmente, no queda bastante justificado el uso de la espada, que no debe empuñarse sin restablecer el fiel de la balanza, y si el ofendido ha de quedar burlado, pues á él nada le satisfacen las penas personales, importa menos quede también burlada la vindicta pública; que es más criminal consentir la miseria de la víctima que dejar de imponer su castigo al delincuente, cuando se le conoce y se le alcanza.

Aun se hace más necesario indemnizar al procesado, cuya

Digitized by Google

inocencia se declara después de larga prisión, siquiera para atenuar el mal efecto del error padecido, y porque no sea el único que entre jueces, jurados, peritos y testigos queda sin indemnización, mereciéndola sin duda tanto como éstos, y estando en la mayoría de los casos más necesitado de ella.

Y no cabe duda que los anteriores argumentos tienen idéntica aplicación á las demás lesiones del derecho privado que no deben causa á un hecho punible, equivocaciones inevitables, extravío de documentos, insuficiencia de la fianza de funcionarios públicos, etc. Abarcar estos casos es punto difícil, y donde no llegue la ley, cuando la razón de indemnizar sea la misma, debe alcanzar el criterio judicial.

El delito frustrado y la tentativa no pueden motivar indemnización directa ni subsidiaria. Pero no todos los delitos consumados originan esta última: unos, porque ni aproximadamente podría calcularse su importe; otros, porque suponen á la vez que la malicia y sagacidad del reo, malicia semejante ó abandono ó ignorancia indisculpable del perjudicado, y otros, porque envuelven una igual y recíproca compensación de responsabilidades, como sucede en el duelo y las lesiones mutuas de igual entidad.

Señalando cuándo será procedente y cuándo no la indemnización subsidiaria en los delitos más frecuentes, precisaremos algo más nuestras afirmaciones, aunque desde luego se advierte la dificultad de determinarlas *a priori*.

Por regla general las falsificaciones no producirán dicha responsabilidad, que debe acordarse en el falso testimonio en contra del reo y en la denuncia y acusación falsas cuando den lugar á procesamiento ó condena.

En los delitos contra las personas, salvo la propia mutilación, la muerte y lesiones causadas por el marido á los adúlteros, y las verificadas en duelo en que se guarden las condiciones pactadas no provocado por causa inmoral, nace el derecho á indemnización subsidiaria, y también en el duelo cuando el que hiere ó mata es el que provocó con un fin inmoral. En los

Digitized by Google

delitos contra la honestidad sólo producirán indemnización la violación y el rapto contra la voluntad de la raptada. Los delitos contra el honor, las amenazas y coacciones, no dan lugar á aquélla, ni la divulgación de secretos. En los delitos contra la propiedad su calificación determinará la procedencia de la indemnizacion, que se abonará en caso de robo ó usurpación con violencia ó intimidación personal, y no será abonable por hurto, estafa, defraudación y maquinaciones para alterar el precio de las cosas. El incendio y demás estragos envolverán responsabilidad subsidiaria, y también los daños verificados por los medios del robo, por infección, contagio, corrosión ó veneno ó arruinando al perjudicado; y en los demás daños no habrá lugar á exigirla. La imprudencia temeraria y simple se regularán por las indicaciones expresadas, según el género de delito que la constituya.

No se concederá indemnización subsidiaria en el caso de lucha aceptada, ni entre parientes cuando el móvil del delito haya sido para producirla. La indemnización subsidiaria se acordará con arreglo á una tarifa que tenga por base los delitos de sangre y las indemnizaciones que se señalen por los que no produzcan muerte ó lesiones, no podrán exceder de la cantidad máxima fijada para el más triste caso, ni el del doble de ella cuando, además de la muerte de una persona, se perjudiquen sus intereses.

En los casos de incendio y otros estragos, podrán, por disposición del Tribunal, rebajarse todas las cuotas en un 50 por 100, que se cubrirá, si se abre suscripción pública, con preferencia á toda otra atención, y á prorrata si no alcanzase á cubrirla del todo.

El derecho de indemnización directa es renunciable después de ocurrido el daño; pero no lo será antes, salvo el caso de que la exposición ó el riesgo inminente ó continuo sean la causa productora del contrato, del que deberá, para hacerse valer la exención de responsabilidad, obrar previamente en oficina pública copia autorizada. La renuncia del derecho de indemnización directa lleva en sí el de la subsidiaria.

Digitized by Google

El derecho de indemnización directa pasa por muerte del perjudicado á sus herederos abintestato, y el de la subsidiaria sólo á los esposos no separados por sentencia firme de divorcio, hijos, padres, abuelos y hermanos.

Los Tribunales, al decretar la indemnización subsidiaria, señalarán á su prudente arbitrio, teniendo presentes las circunstancias del caso, si debe hacerla efectiva al perjudicado el Estado, sus Corporaciones ó ambas entidades.

Siempre que se declare que es de cuenta de ambos, el Estado abonará el 80 por 100 de su importe, y el resto las Corporaciones citadas.

Se entiende por Corporaciones del Estado, el Municipio y la Provincia, y cualquiera otra que se cree y perciba permanentemente para sus atenciones una parte de los impuestos públicos ó tenga derecho á establecer otros de ilimitada duración.

La responsabilidad subsidiaria anual que por concepto de indemnizaciones subsidiarias podrá exigirse á los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales, no excederá de 5 pesetas por cada uno de sus respectivos habitantes, y el 20 por 100 de dichas indemnizaciones pesará á medias sobre una y otra Corporación, cuando no pueda puntualizarse el sitio donde ocurrió el suceso, sobre los Ayuntamientos cuando acontezca dentro del casco de los pueblos que les formen ó á menos de 100 metros de la casa más próxima al mismo, y sobre la Diputación cuando se ejecute fuera de ese radio.

El Estado responderá de las cuotas que excedan de la cantidad anual prefijada para las Diputaciones y Ayuntamientos.

Por medio de una ley podrá moderarse la cuantía de la responsabilidad directa de los particulares en casos extraordinarios ó concederse una ayuda material á favor de los mismos, y el Estado y sus Corporaciones podrán también, con anticipación, acudir con un tanto fijo para los mismos á las empresas de transporte, dueños de minas y fabricantes que lo soliciten con aprobación superior, y si el acuerdo es del Consejo de Ministros, dando cuenta á las Cortes en la primera legislatura;

Digitized by Google

acuerdo que quedará sin efecto si en ella no se aprueba ó modera, ó si el proyecto de ley ya votado no obtiene la sanción Real.

Cuantas ideas y bases dejamos expuestas en desarrollo de nuestro pensamiento pueden ampliarse, corregirse y redactarse, sobre todo, con más precisión, claridad y fondo de justicia y equidad, en cuyos dos polos hemos procurado apoyarnos, como siempre nos lo proponemos intuitivamente, y ojalá al deseo de acierto correspondieran nuestras escasas fuerzas y pesada pluma.

No la dejaremos sin hacer un último ruego á los reformadores del Código penal, que aunque no tiene verdadera relación con este trabajo, envuelve un principio de caridad indiscutible, y es el de que atenúen la responsabilidad de los delincuentes que, ante la enormidad de su culpa, por temor á la pena, por la indignación popular, y aun en lucha con la fuerza pública, se infieren ó sufren graves lesiones permanentes ó mutilaciones, ya que es la única indemnización que puede aminorar esas desgracias.

HELIODORO ROJAS,

Secretario de la Sala segunda del Tribunal Supremo.

Digitized by Google

BIENES RESERVABLES *

(Conclusión.)

SEGUNDA ESPECIE DE RESERVAS

Art. 811 del Código civil.

El art. 811 ocupa la sección que el Código dedica á tratar de las legítimas, y está colocado entre los que se ocupan de la legítima de los ascendientes. Dice así: «El ascendiente que heredare de sus descendientes bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, se halla obligado á *reservar* los que hubiese adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden.»

Ni una palabra más destina el Código á esta reserva excepcional y relativamente nueva en nuestro derecho, y bien valía la pena de haber dedicado algunos más artículos á la materia, para que no quedase todo abandonado á la interpretación de los Tribunales.

Una vez más en este cuerpo legal, sus autores no quisieron dejar que los bienes circulasen libremente, y pensando sin duda con pena que podían salir fuera de la familia á que pertenecieron, impusieron á los ascendientes esta reserva y esta traba á la propiedad.

---

* Véanse las páginas 515 del tomo 81, y 126 y 329 de este tomo.

Digitized by Google

Aun prescindiendo de la legislación foral, ya en Castilla el Fuero Juzgo y el Fuero Real habían establecido algo análogo, pero no en forma de reserva. Los ascendientes heredaban con igualdad, y sin distinción de líneas, los bienes que sus descendientes hubiesen ganado por sí mismos; pero aquellos otros que procedían de su madre ó padre, ú otro ascendiente, debían volver al tronco respectivo. «El abuelo de parte del padre herede lo que fué del padre, y el abuelo de la madre herede lo que fué de la madre.»

Era un orden especial de sucesión en cuanto á los bienes patrimoniales, pero se adquirían libremente. El Código ha preferido seguir el orden ordinario de suceder en cuanto á todos los bienes, mas imponiendo á los ascendientes una limitación respecto á los que procediesen de otros ascendientes ó de hermanos. No se varía el orden de la sucesión en un principio, pero se altera después mediante la obligación de reservar en favor de personas que no son siempre los más próximos parientes del reservante. Los ascendientes más próximos reciben su legítima ó su herencia intestada, no son postergados á otro de la línea de donde los bienes proceden; sin embargo, ¿cómo la reciben? Muchas veces prefiere el hombre tener poco y seguro, mejor que mucho é incierto, que más vale menos de que se pueda disponer libremente, que más sobre lo que otros puedan alegar derecho.

¿Cuáles son las personas á cuyo favor se establece la reserva del art. 811? ¿Qué bienes han de reservarse? ¿Cuál es la naturaleza de esta reserva? ¿Qué derechos corresponden al ascendiente obligado á reservar, y cuáles á las personas á quienes se concede ese beneficio? ¿Qué valor tienen las enajenaciones realizadas, si pueden realizarse? ¿Cuándo nace y cuándo cesa esta reserva? ¿Qué medios hay para asegurar el cumplimiento de la obligación? De estas cuestiones, las menos pueden deducirse del art. 811; las más no se hallan resueltas en el Código, por lo que cada cual puede formarse sobre ellas el juicio que considere más conveniente, y en definitiva, el Tribunal Su-

Digitized by Google

premo y la Dirección general de los Registros, sentar la jurisprudencia que estimen más acertada.

Estudiaré esta materia por el mismo orden que la de la reserva en favor de los hijos y descendientes.

I

PERSONAS OBLIGADAS Á ESTA RESERVA Y Á FAVOR DE QUIENES

Están obligados á la reserva establecida en el art. 811 del Código civil: los ascendientes que hereden de sus descendientes, respecto á los bienes y en el caso que dicho artículo expresa. Esto es lo que se encuentra más claro en la citada disposición, y, sin embargo, parece que no responde bien á su espíritu, como veremos en otro lugar.

Deben reservar todos los ascendientes, sin distinción de línea, en favor de los parientes *que estén dentro del tercer grado* y pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden.

Esto ya no es tan claro. ¿Respecto á quién debe contarse ese tercer grado? El artículo habla de tres personalidades distintas: el ascendiente que hereda ó persona adquirente; el descendiente de quien hereda ó sea el transferente ó causante, y la persona de quien los bienes proceden de un modo mediato ó remoto (otro ascendiente ó un hermano). La extensión del derecho varía mucho, según que haya de computarse el tercer grado de parentesco con relación á una ú otra de esas tres personalidades.

El parentesco á que se refiere el art. 811 es sin duda el de consanguinidad, pues siendo el objeto de la disposición el que los bienes vuelvan al tronco ó á las personas que del tronco proceden, dejaría de cumplirse tal fin si se tuviera en cuenta la afinidad. Siendo esto cierto, hay que descartar desde luego al ascendente que hereda; no puede referirse á él el tercer grado de parentesco, porque el caso en que se presenta clara y manifiesta la obligación de reservar, es aquel en que un ascendiente hereda de su descendiente bienes que proceden de ascendientes de línea distinta. Entonces resultaría que ese as-

Digitized by Google

cendiente tendría que reservar en favor de sus parientes dentro del tercer grado. Pero los del tercer grado de consanguinidad no pertenecen á la línea de donde los bienes proceden, y los que pertenecen á esta línea, son solamente afines.

Sin embargo, aun este argumento no es tan convincente como parece. El art. 811 no distingue de clase de parentesco; sólo exige dos requisitos: el tercer grado y pertenecer á la línea de donde proceden los bienes. ¿Son estos parientes consaguíneos? pues á favor de ellos se establece la reserva. ¿Son afines? pues á favor de los afines resulta impuesta, porque ellos son los parientes en la línea á que los bienes pertenecieron.

Esto es cierto; pero también lo es que el verdadero parentesco es el de consanguinidad, y que cuando la ley habla de parientes sin añadir más, esos parientes son los unidos por los vínculos de la sangre, los que proceden de un mismo tronco, y no otros cuyo vínculo es más ó menos ficticio, ya se establezca por el matrimonio, ya por el bautismo ó confirmación. Creo, por tanto, más firme la opinión que sostengo, y que no debe computarse el parentesco con relación al ascendiente que hereda.

¿Será en favor de los parientes dentro del tercer grado del ascendiente ó hermano de quien proceden los bienes? Estos han de ser siempre parientes consanguíneos. Pero el artículo habla de ellos de un modo secundario, para precisar la clase de bienes que deben reservarse, porque justamente se reservan por provenir de ellos y no ser ganados por el ascendiente de cuya sucesión se trata. Sería anómalo referir el tercer grado á esas personas, porque, aparte de que sólo incidentalmente se habla de ellas, sería hacer retroceder demasiado los efectos de la reserva. La sucesión de ese hermano ó ascendiente quedó ya terminada y firme, sin obligación alguna en el hermano ó descendiente que adquirió de ellos bienes por título lucrativo. ¿Cómo reconocer la firmeza de esa sucesión, que podría dar lugar á que todos los bienes desaparecieran, y más tarde imponer la reserva á un tercero en favor de los parientes que ya an-

Digitized by Google

tes habían perdido todo derecho? Además, esos parientes, si se trata de un hermano, son los mismos que los del descendiente á que se refiere el artículo, y si se trata de un ascendiente, serán muchas veces los mismos que los del descendiente que adquiere.

Los parientes dentro del tercer grado á cuyo favor se impone la reserva, deben referirse al descendiente. Esto es lo más lógico. Se trata de la sucesión de ese descendiente. El Código se estaba ocupando de la legítima de los ascendientes en dicha sucesión; y al llegar á esta materia, encontróse con que podía seguir la doctrina de las Partidas que, á falta de descendientes, llamaba á los ascendientes más próximos con entera igualdad, ó la doctrina consignada en el Fuero Juzgo y el Fuero Real, según la cual los bienes deben volver al tronco de donde salieron. Escogió un sistema intermedio: hereda el ascendiente más próximo todos los bienes; pero si entre estos bienes hay algunos que proceden de otra línea, habrá de reservarlos en favor de los parientes de esa línea; pero de los parientes, ¿con relación á quién? Con relación al hijo ó descendiente de cuya sucesión se trata, porque esos son los que recibirían los bienes si aquel ascendiente no existiera, y por lo tanto, los que la ley quiere que los reciban, si bien después de la muerte del ascendiente.

Según esta opinión, que es la más verosímil, al parecer la más acertada y sin duda la verdadera, las personas á cuyo favor se establece la reserva del art. 811 son: primer grado, el padre ó madre; segundo grado, el abuelo ó abuela y los hermanos; tercer grado, el bisabuelo ó bisabuela, los tíos carnales y los sobrinos de hermanos. No incluyo los hijos y descendientes, porque se trata de bienes adquiridos por un ascendiente por ministerio de la ley, y por tanto se parte de la base de que tales hijos y descendientes no existen. En cambio creo que alcanza el beneficio á los sobrinos, á pesar de que no veo que los mencionen otros autores, porque el Código sólo habla de los parientes dentro del tercer grado, sin distinguir entre los parientes de *suso* y de *yuso*, como decía el Fuero Juzgo, exigiendo

Digitized by Google

sólo que pertenezcan á la línea de donde los bienes procedan; circunstancia que no es incompatible con ser hijos de hermanos.

Por último; el parentesco es el de consanguinidad; los ascendientes son preferidos á los colaterales, y en unos y otros los más próximos á los más remotos, de modo que habiendo varios parientes dentro del tercer grado, no se establece la reserva en favor de todos ellos, sino en favor de los que entre ellos tienen derecho preferente á la sucesión. Esto es, al menos, lo que parece más natural.

II

BIENES QUE DEBEN RESERVARSE

Estos bienes los expresa la ley, sin que haya que recurrir á presunciones ú opinienes más ó menos fundadas. Son los heredados por ministerio de la ley por un ascendiente de su descendiente, en cuanto éste los hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano.

Dos requisitos exige, por consiguiente, el art. 811: primero, que un ascendiente herede de sus descendientes bienes que procedan de otro ascendiente ó de un hermano; segundo, que esos bienes los herede el ascendiente por ministerio de la ley y hubiesen sido adquiridos antes por el descendiente en virtud de un título heredativo.

Lo primero es la causa, el fundamento de la reserva. Procedentes los bienes de una línea, el legislador no quiere que corran el peligro de pasar á otra distinta, y mucho menos á una familia diferente.

Lo segundo es una doble limitación de la reserva. En primer lugar, no debe el ascendiente reservar lo que herede por la voluntad expresa de su descendiente, porque esto sería hacer peor su condición que la de los extraños, sino sólo lo que herede por ministerio de la ley, esto es, como heredero forzoso ó presunto. Así, pues, debe reservar lo que adquiera por sucesión intestada, y en caso de haber testamento, lo que re-

Digitized by Google

ciba ó le corresponda por su legítima. En segundo lugar, y esta es otra limitación, no han de reservarse tampoco todos los bienes heredados por ministerio de la ley, sino tan sólo aquellos que el descendiente hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano. Así, pues, respecto al descendiente no se limita tanto el título de adquisición; no es preciso que los bienes procedan de herencia, basta que fuesen adquiridos por cualquier título lucrativo, y esto es natural, porque si lo hubiesen sido por título oneroso, hubieran perdido su cualidad de patrimoniales ó de abolengo, y no tendría razón de ser la reserva.

El Sr. Martínez Alcubilla, en sus notas al Código civil, lo interpreta, sin embargo, de un modo distinto. Para él las palabras «adquirido por ministerio de la ley» se refieren al descendiente, debiendo reservarse los bienes que adquiridos por un descendiente abintestato ó como legítima, sean después heredados por un ascendiente. Sus palabras son éstas: «Cuando entre los bienes que el ascendiente *herede* de su descendiente haya algunos que *éste* á su vez hubiese *heredado abintestato* de otro ascendiente ó de un hermano, ó que, caso de haber testamento, se le hubieran adjudicado *como legítima* por la muerte de dicho otro ascendiente, habrá de reservarlos el ascendiente llamado á la herencia para los parientes dentro del tercer grado del descendiente de cuya sucesión se trate.»

Esta opinión envuelve dos errores. Primero, el creer que sólo lo que el descendiente hubiese adquirido por ministerio de la ley de otro ascendiente ó de un hermano, es lo que después se reserva, pues el art. 811 dice muy claro: «bienes que éste (el descendiente) hubiese adquirido por *título lucrativo*», lo cual es muy distinto. Y segundo, obligar al ascendiente á reservar todo lo que *herede* de su descendiente, si tiene aquella procedencia, lo cual sería injusto, y no lo expresa la ley. Es cierto que primero dice: «El ascendiente que *heredare*», pero por ser esto vago, añade en otro lugar: «Se halla obligado á reservar (el ascendiente) los (bienes) que hubiese adquirido

Digitized by Google

por ministerio de la ley.» Los que hubiese adquirido se refiere al ascendiente, que es el obligado á reservar; es decir, que de lo que herede reserva lo adquirido por ministerio de la ley. Así habría de entenderse siempre, mucho más, cuando respecto al descendiente ha exigido antes que estuviesen los bienes adquiridos por título lucrativo. Lo contrario sería hacer al ascendiente de peor condición que á un extraño.

III

NATURALEZA DE ESTA RESERVA.—DERECHOS DE LAS PERSONAS OBLIGADAS Á RESERVAR Y DE AQUELLAS Á CUYO FAVOR SE ESTABLECE.

Esta cuestión queda al juicio individual y al criterio de los Tribunales. El art. 811 no dá más luz sobre este punto que la que encierran las palabras «se halla obligado á *reservar*», las cuales no son muy luminosas que digamos. El art. 968 dice también: «Además de la reserva impuesta en el art. 811.»

Se trata de una reserva, ésto es todo. De aquí creo que no puede deducirse otra cosa, sino que los bienes reservables de que habla el art. 811 son de la misma naturaleza que aquellos á que se refieren los artículos 968 al 980 del mismo Código, si bien son distintas las condiciones que les afectan.

Adquiere el ascendiente esos bienes con una condición resolutoria, la de existir ó no al tiempo de su fallecimiento parientes dentro del tercer grado del descendiente á quien hereda, en la línea de donde los bienes proceden. ¿Quedan esos parientes? Ellos adquieren el dominio de los bienes á la muerte del ascendiente. ¿No quedan? El ascendiente puede disponer con entera libertad. En todo caso, la condición sólo afecta á la nuda propiedad, porque el usufructo pertenece al ascendiente hasta su fallecimiento.

Si esto es cierto, como el poseedor de bienes sujetos á condiciones resolutorias puede enajenarlos y gravarlos, el ascendiente podrá enajenar los bienes reservables, pero enajenará lo

Digitized by Google

que tiene y nada más, porque nadie dá lo que no le corresponde, y el adquirente recibirá, por tanto, un dominio limitado y revocable. A su vez los parientes dentro del tercer grado sólo tendrán una esperanza sobre esos bienes mientras viva el ascendiente, esperanza no transmisible á los herederos, á menos de no estar también dentro del tercer grado. Muerto el obligado á reservar, los parientes podrán rescindir las enajenaciones realizadas de bienes inmuebles reservables, y adquirirán éstos y todos los que tengan la misma cualidad en pleno dominio, la nuda propiedad por cumplirse la condición, y el usufructo por la muerte del usufructuario. Esto es todo, pero es de suma importancia y exigia alguna declaración más explícita del Código.

El Sr. Martinez Alcubilla, sin duda deseando hacer más sencillas las relaciones creadas por la reserva del art. 811, dice sobre este particular lo siguiente:

La reserva troncal que crea el art. 811 convierte al ascendiente que hereda en mero usufructuario vitalicio de los bienes sobre los cuales recae dicha reserva, y le sujeta, por lo tanto, en nuestro sentir, á las obligaciones consignadas en los artículos 491 al 512, sin que mientras subsista la obligación de reservar, es decir, mientras haya parientes dentro del tercer grado del descendiente por la línea de que los bienes proceden, pueda el ascendiente á quien la reserva se impone enajenar los bienes, sujetos á ella, en cuyo concepto son las facultades de este heredero mucho más limitadas que las del viudo, á quien se declara la obligación de reservar á favor de los hijos del primer matrimonio, en los artículos 968 á 980.» En resumen: «cuando el ascendiente es llamado á la sucesión de su descendiente, se le adjudican en plena propiedad los bienes á qué se refiere el artículo 811, si no hay parientes dentro del tercer grado en la línea de donde los bienes proceden. Si hay parientes dentro del tercer grado en esa línea, el ascendiente llamado á la sucesión recibe dichos bienes en usufructo, correspondiendo la nuda propiedad á dichos parientes dentro del tercer grado, y si éstos parientes faltan antes de que el ascendiente fallezca, convierte

Digitized by Google

el mismo *ipso jure* su usufructo en pleno y absoluto dominio, asumiendo los derechos de los nudos propietarios. Como se vé, es un usufructo especialísimo el concedido al ascendiente, pues se halla sujeto á una condición resolutoria, que hace precario el nudo derecho de propiedad, transmitiéndose ésta al usufructuario cuando la condición se cumple.»

Creo que la ley no autoriza tanto ésta interpretación como la mia. Esos parientes dentro del tercer grado, á quienes se quiere adjudicar una nuda propiedad de que no pueden disponer, y ese usufructuario que *ipso jure* convierte su usufructo en pleno dominio, asumiendo los derechos de los nudos propietarios, constituyen un caso raro, especialísimo que permite dudar de que la interpretación sea exacta.

Que el derecho del ascendiente en los bienes reservables de que habla el art. 811 es mucho más limitado que el del viudo, en los que debe reservar, según el 968, á favor de los hijos del primer matrimonio, me parece una suposición gratuita, falta de base, porque en ambos artículos el Código impone la misma obligación *de reservar,* y aunque no dicte reglas sobre la del ascendiente y sí sobre la del viudo, es más natural que esas reglas sean análogas á las que se aplican *á las reservas* en los artículos 968 á 980, que no á las que rigen para el usufructo en los artículos 491 á 512. Al fin unos y otros son bienes reservables, y es alterar la naturaleza de estos bienes reducirlos á una simple descomposición de usufructo y nuda propiedad.

IV

CUÁNDO NACE Y CUÁNDO CESA LA OBLIGACIÓN DE RESERVAR IMPUESTA EN EL ARTÍCULO 811

Esta reserva nace cuando el ascendiente adquiere ó hereda de un descendiente por ministerio de la ley bienes de la clase á que ese artículo se refiere, si hay parientes de ese descendiente dentro del tercer grado, y de la línea de donde los bienes proceden. Si pues no existen esos parientes, ó no hay bie-

Digitized by Google

nes de la expresada clase, ó son heredados por la expresa voluntad del descendiente y no por ministerio de la ley, no nace la obligación de reservar, y el ascendiente es dueño absoluto de los bienes.

Puede ocurrir, sin embargo, que á la muerte del descendiente no existan parientes dentro del tercer grado, pero pueda haberlos; tal sucederá, por ejemplo, si el único pariente era un hermano que premurió al descendiente, dejando á su mujer en cinta. En este caso, la mujer no es de la línea de donde los bienes proceden, pero el hijo que de ella pueda nacer sí lo será, y como el hijo ó nieto postumo, ó concebido, se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, según el artículo 29, entiendo que también entonces, y en los casos análogos, se produce la obligación de reservar.

Cesa dicha obligación: primero, por no existir parientes de los expresados á la muerte del ascendiente. Esto no lo dice el Código, pero es lógico, pues no quedan personas á quienes pasen los bienes reservables, y ha de seguirse el orden natural de la sucesión; segundo, por la renuncia expresa de los parientes á cuyo favor se establece este derecho, si son mayores de edad. Este caso puede admitirse por analogía con el art. 970, y ofrecerá las mismas dificultades en su aplicación respecto á la época en que puede hacerse. ¿Se puede renunciar en todo tiempo desde que nace la condición hasta que se cumpla ó deje de cumplirse, ó sólo cuando el ascendiente adquiera los bienes, es decir, al principio, ó únicamente cuando el derecho sea perfecto ó exigible? Ya en otro lugar expuse algo sobre esta cuestión.

¿Nace la obligación de reservar siempre que un ascendiente hereda de su descendiente bienes de la clase de reservables? El art. 811 así lo establece en términos absolutos, y no cabe distinguir donde la ley no distingue.

Justo es confesar, sin embargo, que no debiera ser así, y que parece que es otro el espíritu de esa disposición. El ascendiente que hereda de su descendiente bienes procedentes de un

Digitized by Google

ascendiente de otra línea, es natural, dado el pensamiento de la ley, que sea obligado á reservar á favor de los parientes de esa otra línea. Pero el que hereda bienes que el descendiente adquirió por título lucrativo de un hermano ó de otro ascendiente de la misma línea, no debía tener tal obligación. Sus parientes son los mismos que los del descendiente, y no habiendo salido los bienes de su línea respectiva, no había por qué imponer una reserva casi siempre innecesaria, porque si bien es cierto que ese ascendiente podrá en algún caso disponer de los bienes fuera de su familia, este peligro no debía ser bastante para limitar en él facultades que después tiene cualquiera de los parientes dentro del tercer grado á quienes deben pasar por la reserva. Mientras los bienes no salgan de su línea, ¿á qué poner trabas á su circulación?

V

MEDIOS PARA ASEGURAR Á LOS PARIENTES, DENTRO DEL TERCER GRADO, LOS BIENES QUE HAN DE RESERVÁRSELES

Igual silencio guarda el Código sobre este punto que sobre los anteriores. Que no ha de quedar la obligación á la voluntad del ascendiente, parece natural é indudable; pero si la ley no le impone más obligación que la de reservar, ¿quién le exige que constituya hipoteca y en qué artículo habrá de apoyarse?

¿Se considera al ascendiente usufructuario? Pues debe hacer inventario y constituir fianza. ¿Tiene las mismas facultades y obligaciones que el viudo ó viuda en los bienes reservables á favor de los hijos y descendientes? Pues también deberá hacer inventario de lo que reciba y constituir fianza hipotecaría. Lo que no puede admitirse es que todo quede á su arbitrio y pueda reservar ó no reservar, ó reservar solamente lo que quiera.

Para mí los bienes son reservables, tienen la naturaleza de éstos, y como admitido el principio, hay que admitirlo con to-

Digitized by Google

das sus consecuencias, le deben ser aplicables los artículos 977 y 978 del Código civil, y los referentes á esta materia de la ley Hipotecaria. Pero esto es menester que lo diga expresamente la ley; de otro modo, cada cual es dueño de inventar lo que mejor le parezca. Será lo más verosímil, lo más natural la opinión ó la creencia de cada uno; pero al fin será sólo una opinión, una presunción, una conjetura.

Desde luego cuando un ascendiente (el padre ó la madre) hereda bienes de un descendiente, si después contrae segundo matrimonio, queda obligado á la constitución de hipoteca; pero aquí hay un hecho que pudiera decirse que la hacía precisa: las segundas nupcias, y en el caso del art. 811, el ascendiente ha de reservar siempre, case ó no case por segunda vez, por lo que no hay tanta analogía entre este artículo, y lo contrario al art. 970, como parece indicar el Sr. López Mazón. Hay que partir del supuesto de que se trata de dos reservas diferentes, pero al fin de dos reservas.

Los bienes son reservables desde que se adquieren, aun en el caso de no haber más persona con derecho á la reserva que un hijo concebido y no nacido. El expediente á que se refiere el art. 194 de la ley Hipotecaria, deberá, pues, empezar á formarse en el término de noventa días, á contar desde la adquisición de los bienes reservables. No prestándose á ello el ascendiente, podrán por analogía reclamar la formación del expediente y la constitución de la hipoteca los parientes dentro del tercer grado á cuyo favor se establece la reserva si son mayores de edad, y si son menores, su padre ó madre si son de distinta línea, pues si son de la misma, el derecho será de ellos y no de sus hijos; si no hay padres, el tutor, protutor, consejo de familia ó cualquiera de sus vocales, por analogía con el artículo 1352 del Código, y en último término, los demás parientes de la misma línea de que los bienes procedan, y los albaceas.

Se hará inventario de los bienes reservables, se tasarán los muebles, y se pondrá, respecto á los inmuebles, nota expresiva

Digitized by Google

de su calidad al margen de las inscripciones de dominio respectivas.

La hipoteca se constituirá por el valor de los muebles, y para responder de los deterioros causados por culpa ó dolo del ascendiente y nada más, porque los inmuebles quedan asegurados por la nota, y aquí no hay enajenaciones subsistentes, ó así parece que debe ser al menos.

Por último, esa hipoteca ha de asegurar los derechos de las personas á cuyo favor se establece la reserva, cualquiera que sea su parentesco, ascendientes, descendientes del reservante ó colaterales, porque se constituirá en garantía de los bienes reservables, ya pertenezcan en su día á unos ú otros de los parientes dentro del tercer grado, por la cualidad de los bienes, y no por la consideración de las personas.

Un solo artículo, después del 980, ó una simple adición al 811 ó al 979, haciendo extensivas las disposiciones sobre bienes reservables á la reserva creada por el art. 811, hubiera evitado casi todas las dudas. No habiéndose hecho así, esperemos que en la reforma de la ley Hipotecaria, que cada vez se hace más necesaria, y en su defecto, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se llenen los vacíos del Código civil, dando vida á una reserva cuyas bases quedan marcadas, pero cuyo desenvolvimiento y realización se abandona á otras disposiciones del porvenir.

***

Terminado este estudio, quedarán aún muchas cuestiones que resolver, porque sólo en la práctica es donde se van notando las deficiencias de una ley y las dificultades de su aplicación. Por ejemplo, lo que el cónyuge sobreviviente adquiere de su difunto consorte por sucesión intestada, según el art. 968, ¿puede considerarse en algún caso como bienes reservables?

Habiendo hijos ó descendientes, y si no los hay no habrá reserva, si procede la sucesión intestada, ellos recibirán la herencia. Al viudo ó viuda se le adjudicará su cuota en usu-

Digitized by Google

fructo, sus aportaciones matrimoniales, su mitad de gananciales, y tal vez algo para pago de deudas; ¿son estos bienes reservables? La cuota en usufructo, demasiado reservada, queda para los hijos, que son los nudos propietarios, medie ó no medie segundo matrimonio; la mitad de gananciales la excluye el art. 968; lo adjudicado para pago de deudas constituye un título oneroso; las aportaciones matrimoniales no se adquieren del consorte difunto, sino que eran ya anteriormente de aquel á quien se adjudican. Si procede la sucesión intestada por no haber institución de heredero, ser éste incapaz, etc., en cuyo caso valen los legados y demás disposiciones testamentarias, si al viudo ó viuda se le dejó algo, no lo adquiriría por sucesión intestada, sino por testamento. Si hubo convenio en cuanto á la cuota en usufructo, y cedió ciento por tomar veinticinco en pleno dominio, el título es oneroso. En suma, no encuentro esos bienes reservables en la sucesión intestada de un cónyuge. ¿Serán reservables la dote y parafernales? ¿Se explicará así el número 1.º del art. 978? Si así lo entendieron los autores del Código, no pensaron bien lo que decían. Ya he demostrado en el comentario del art. 978, que esas donaciones no son de las reservables, porque no las adquiere un cónyuge del otro por regla general, y porque al disolverse el matrimonio siguen siendo de quien eran. En algún caso podrán comprenderse entre las donaciones reservables, si se constituyeron por un cónyuge á favor del otro, pero nunca entre los bienes reservables por sucesión intestada.

Como ésta habrá otras dudas. La experiencia irá enseñando, ú otros sabrán ponerlas de manifiesto.

Alcaráz, 28 de Agosto de 1892.

JOSÉ MORELL,
Registrador de la propiedad.

NOTA. – Después de escrito lo anterior, se han publicado la Resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de Junio de 1892, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre del mismo año, que confirman la interpretación dada al art. 811 del Código civil, en cuanto á dos de las dudas que podían presentarse.

Digitized by Google

DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO

PARA CONOCER DE LOS DELITOS DE ESTRAGO

El diferente criterio que siguen manteniendo nuestros Tribunales de derecho, únicos llamados á determinar la competencia del Tribunal del Jurado para entender en juicio oral y público de los procesos ó causas á su conocimiento, y según la ley, atribuídos, diferencia que llega hoy al poco edificante extremo de que en una misma circunscripción ó distrito existan Audiencias provinciales en las que, casi con unanimidad de opiniones, y sin que para ello, y por lo indubitado del caso, haya merecido los honores de la discusión, se vean uno y otro día ante el Jurado todas las causas por delitos de este género—disparo de petardos—mientras en la Audiencia del territorio respectivo, superior incuestionablemente en el orden jerárquico—aunque con independencia absoluta de atribuciones funcionen—se estime el conocimiento de esos procesos mismos como de la exclusiva y plena competencia del Tribunal de derecho, nos mueve á aventurar nuestra desautorizada opinión sobre tan importante asunto, más que con la confianza del acierto, con el propósito de llamar sobre él la atención de los ilustrados lectores de La Revista, ya que su eminente Director, benévolo en demasía, ha refrendado con su *exequatur* este pobre y desaliñado trabajo nuestro.

Digitized by Google

No creemos necesario comenzarle (porque notorio es, y ello por sí sólo se alaba) fijando aquí la importancia que cuestión tan transcendental entraña, ora en cuanto se pone en duda, se cercena ó indebidamente se atribuye á uno ó á otro la facultad que tiene el Juez ó Tribunal para conocer de una causa ó proceso, que esto es lo que en el orden orgánico procesal se entiende por competencia; ora porque de conocer ó no el Tribunal correspondiente, sobre el riesgo de la nulidad que lleva consigo una falta reconocida de atribuciones, han de variar en gran manera los medios de conocimiento para la apreciación de la prueba, ya que no la garantía de acierto en la resolución judicial; ora, por último, habida razón á que si las cuestiones de competencia, llamadas también *conflictos de jurisdicción*, alcanzan tal trascendencia á veces, que llegan á convertirse en cuestiones de orden público, no puede ser indiferente, no, que continúe dándose el caso de que los Tribunales de distinto orden, y limítrofes en ocasiones, sigan conociendo al propio tiempo de graves causas de un mismo género, naturaleza y alcance, demostrando con ello al más indiferente que la administración de la justicia criminal en nuestro país, justicia que tiene por *fin* la defensa de nuestros más preciados derechos: la honra, la propiedad, la libertad y la vida; por *ministro*, á los Tribunales, y por *medio*, el juicio, se alteran á voluntad estos factores, sin quebrantar la esencialidad de sus atributos.

En vano buscaríamos en la brevísima exposición que precede á la vigente ley estableciendo el juicio por jurados, publicada en 20 de Abril de 1888, ni en la amplia discusión á que en ambos Cuerpos Colegisladores su proyecto dió lugar, ni procurando inquirir y traspasar aun con el mejor deseo y el mayor esfuerzo, tras su severo laconismo, el vivificante y expresivo espíritu que le dió origen, reglas fijas que nos digan á qué principios se ajusta la determinación en concreto de los delitos cuyo conocimiento se reserva á la competencia del nuevo Tribunal del Jurado. Pero es más: aunque en el preámbulo de la ley se consignase ó en su discusión se hubiesen dilucidado y

Digitized by Google

esclarecido, ó por el silencio de ambas, del propio espíritu de ella llegase á deducirse, siempre habríamos de atenernos en definitiva, en buenas reglas de hermenéutica, única y exclusivamente á su letra, á su texto, más ó menos explícito, pero preceptivo al fin, obligatorio.

Ahora bien: estudiémosla atentamente y veamos si ella por sí sola basta á dar solución á un problema que no deja, repetimos, de tener importancia.

Dice así en el capítulo 2.º, que de la competencia del Tribunal del Jurado se ocupa:

«Art. 4.º El Tribunal del Jurado conocerá: 1.º De las causas por los delitos siguientes:

».....Incendios.»

Y en concordancia con esta calificación genérica del delito, tenemos que el Código penal vigente dedica á los de esta clase todo un capítulo: el 7.º de la sección 2.ª, tít. 13, libro 2.º, bajo este epígrafe: *Del incendio y otros estragos.*

He aquí ahora divididas, á la simple lectura de estos do textos, las opiniones. Sosteniendo unos que no estando expresamente comprendido en el referido art. 4.º de la ley de 20 de Abril de 1888, que taxativamente enumera los delitos de que ha de conocer el Jurado, el de *estragos*, sino el de *incendio*, cosa bien distinta, no es dicho Tribunal, sino el de derecho, el llamado á entender en las causas con motivo de aquéllos sustanciadas; y los otros, por el contrario, que dada la analogía que evidentemente existe entre una y otra especie de delitos y el hallarse previstos y penados conjuntamente por el Código, no hay sustancial diferencia entre ellos, y á ambos hace referencia la ley del Jurado bajo la palabra *Incendios.*

No dejan de ser atendibles las razones invocadas por una y otra de las partes y que apuntadas quedan; pero á nuestro humilde entender, con parar un poco la atención en el sentido y alcance que gramatical y técnicamente (hablamos en términos de derecho) la palabra *incendio* merece, hallaremos cerrada bien pronto toda discusión, resuelta toda duda.

Digitized by Google

En efecto: sin olvidar que el incendio participa del doble carácter de delito contra la propiedad y de delito contra las personas, y que sólo ante la consideración de que por regla general ó con mayor frecuencia viene á emplearse como medio de destrucción y ruina de las cosas, hase colocado por el legislador entre los delitos que á éstas se refieren, importa muy mucho también no perder de vista esta singularísima distinción: que la delincuencia por hechos de esta naturaleza se agrava, y por ende la sanción penal se acentúa en el Código, según peligra por el incendio más ó menos directamente la vida de las personas amenazadas, ó según sea mayor el alcance de los perjuicios irrogados, el valor del daño producido. En el primer caso es evidente que al ser penado el incendio por el riesgo corrido por las personas, ofrécese su elemento propio, el fuego, como un mero *instrumento* para perpetrar el de asesinato; mientras que, por el contrario, cuando por aquél la vida del hombre no ha sido directamente amenazada, por haber sido dirigido á lugares no habitados, establos ó mieses, por ejemplo, entonces el incendio no pasa, en realidad, de ser más que una *devastación*, un daño cualificado digno de castigo. Hecha, pues, esta distinción, y dando por sentado que la voz *incendiar*, empleada por el Código, significa *poner* ó *pegar fuego á una cosa*, y que esta acción es la que se castiga en el indicado capítulo, atendiendo unas veces, y otras no, al daño causado, se nos ocurre preguntar:

El que coloca en un teatro, iglesia ó lugar concurrido y en sitio á propósito para la propagación del fuego, con conocida intención de causar, á la vez que la muerte de los asistentes, el incendio y la destrucción del edificio, un aparato cualquiera inflamable y explosivo, fines siniestros que por venturosa coincidencia, ajena en un todo á la voluntad del culpable, no se realizan, ¿de qué delito será autor? ¿Del que prevé y pena en su número 4.º el art. 561 del Código penal, ó del definido en el 572?

¿Qué Tribunal ha de juzgarle?

Digitized by Google

Si en alguna ocasión se ha podido decir con fundamento que cuestión planteada es cuestión resuelta, aquí lo está, á nuestro entender, la que nos ocupa en contra de los que arrebatan al Jurado el conocimiento de los delitos de estrago causados por petardos, sin más razón que la de que la ley no se lo atribuye expresamente. Pero para demostrarlo, tócanos analizar en primer término nuestra ley penal.

Doce artículos dedica en su citado capítulo á los delitos de incendio, y uno al de estragos (572). Presentemos, para facilitar el estudio, que no deja de ser complejo en esta materia, un sencillísimo cuadro que nos ofrezca divididas todas sus disposiciones:

Digitized by Google

- 1. Penados como ataque directo á la propiedad.... ....
  - *Incendios*... de arsenal, astillero, almacén, fábrica de pólvora ó pirotécnica militar, parque, archivo ó museo del Estado (núm. 1.º, art. 561).
  - En atención á la cuantía del daño.
    - De edificios .....
      - Si excediere de 2.500 pesetas, núm. 1.º, art. 563.
      - Si no excediere de ídem, núm. 1.º, art. 564.
      - Si pasare de 250 pesetas, art. 565.
      - Si no llegare, art. 568.
    - En mieses, pastos, montes y plantíos.
      - Excediendo de 2.500 pesetas, número 2.º, art. 566 ..... — Con peligro de propagación, art. 569. / Sin ese riesgo, artículo 571.
      - No excediendo, si pasare de 250 pesetas, art. 567 .. .. — Con peligro de propagación, art. 569. / Sin ese riesgo, artículo 571.
      - Si no llegare á 250 pesetas, artículo 568..... ..... — Con peligro de propagación, art. 569. / Sin ese riesgo, artículo 571.

Digitized by Google

- **2. Como atentado contra las personas....**
  - Los que incendiaren un tren *de viajeros* en marcha ó un buque *fuera de puerto*, núm. 2.°, art. 561.
  - En despoblado..
    - Un almacén de materias infamables ó *explosivas*, núm. 3.°, art. 561.
    - Un teatro ó una iglesia ú otro edificio destinado á reuniones, *cuando se hallare dentro una concurrencia numerosa*, núm. 4.°, art. 561.
    - Edificio, alquería, choza, albergue ó buque en puerto, *sabiendo que dentro de ellos se hallaban* una ó más personas, art. 562.
    - Casa *habitada* ó edificio *en que habitualmente se reunan diversas personas*, ignorando si había ó no gente dentro, núm. 2.°, art. 563.
    - Edificio *no destinado á habitación ni reunión*.....
      - Si excediere el daño de 2.500 pesetas, núm. 2.°, art. 564.
      - Si no excediera, núm. 2.°, artículo 565.
  - En poblado.....
    - Los que incendiaren un edificio *destinado á habitación*, núm. 1.°, art. 566,
    - En caso *de aplicarse* el incendio á chozas, pajares ó cobertizos *deshabitados*, ó á cualquier otro objeto cuyo valor no exceda de 250 pesetos (estímese como *daño*)..... } Art. 571,

Digitized by Google

Expuesta así, bien á las claras, en sus detalles y en su alcance, la ley penal, vengamos ahora á su aplicación, y sirviéndonos de pauta el caso práctico enunciado, razonemos de esta suerte.

El art. 7.º de la ley del Jurado prescribe que será competente para conocer, no sólo de los delitos consumados, á que se refiere el art. 4.º, sino de los frustrados y tentativas. En tal supuesto, es evidente que el hecho punible, propuesto tal y como enunciado queda, lo mismo puede en rigor constituir en grado de tentativa ó frustramiento, el delito previsto y penado en el núm. 4.º del art. 561, que el de estragos, propiamente dicho, que define y pena el 572. Y tal decimos, porque abonan tales calificaciones dos interpretaciones por demás autorizadas; es la una, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de Justicia, entre otros fallos, en el de 27 de Noviembre de 1879, que estima reo de este último delito «al que es sorprendido en la escalera de una casa, ocultando bajo la capa un petardo de dinamita con la mecha encendida, que arrojó al suelo al ser perseguido por los agentes de la Autoridad»..., y la otra, la que á su vez hubo de ser expuesta con su acostumbrada brillantez por un Fiscal del propio Tribunal (1) en una de sus circulares, donde se hace la siguiente afirmación: «por lo que hace á la tentativa considerada *en el disparo de petardos*, discurriendo lógicamente, debería aplicársele la pena inferior en dos grados á la que se atribuye en el art. 561 á las transgresiones en él enumeradas (incendios)»..., y si se quiere más, como prueba del vario y hasta contradictorio criterio que en este particular reina, agreguemos á los anteriores expuestos el que encierra esta otra consideración del citado Tribunal Supremo de Justicia en otro de sus fallos: «Considerando que de los hechos que como probados se establecen en el fallo recurrido, aparece que el Gran Lavadero estaba destinado á reunión de gente, estando habitado, por lo menos, por el encargado, y que su habitación tiene co-

(1) El Sr. Conde y Luque, 31 Marzo 1893, *Gaceta* 3 Abril.

Digitized by Google

municación con él y forma un solo edificio; y por fin, *que los estragos causados, importante su daño 438 pesetas, se causaron con materia explosiva superior en fuerza á la pólvora*, por lo cual es evidente que estos hechos caen bajo la sanción penal del art. 563, núm. 2.º (incendios), y se hallan penados con presidio mayor en el núm. 1.º del 564, porque el agente los empleó en edificio habitado»...

¿Qué razón sustancial separa, pues, en la hipótesis consignada y en orden á la competencia, una y otra especie de delitos? ¿Por qué ha de calificarse *a priori* de incendio, si éste de hecho no llegó á producirse? ¿Por qué simplemente de estrago, si en realidad inminente fué el riesgo del incendio? ¿No parece más lógico, más natural, más sencillo, que, asemejando la ley penal (como no podía menos) el incendio y el estrago, puesto que juntos los comprende, preve y castiga; confundiéndose ambos punibles actos en sus orígenes y hasta en su fin, una vez que en sus desastrosos efectos se aunan; siendo en ellos idéntica la que ha venido llamándose *figura de delito*, conociera indistintamente y sin excepción de ellos también el Tribunal del Jurado, sin más, y después de todo, que hacer aplicación á la letra del precepto legal que con estudiada redacción, al determinar la competencia del Tribunal, dice que conocerá, entre otros, de los delitos de *incendios;* en plural, ó sea comprendiendo implícitamente todos sus congéneres y variantes, ó como agrega el Código penal *y otros estragos?*

Creémoslo así; es más, conceptuamos que sería altamente provechoso á los fines de la justicia que de esos procesos entendiese siempre el del Jurado, no ya porque éste libre al de derecho de la mayor y más grave responsabilidad en todo juicio penal: la determinación de los hechos que motivan la aplicación de la ley; que nuestros Magistrados harto acostumbrados están, por virtud, por temperamento y por carácter, á ejercer dignamente y con entereza su augusto sacerdocio, sino porque los jurados aportan, á no dudar, al acto del juicio elementos, fuentes de conocimiento que á aquéllos faltan; viven más en las reali-

Digitized by Google

dades de la vida; sienten más de cerca el peligro social y los latidos de la opinión; son, en una palabra, expresión genuina de la conciencia pública, justo es que alcancen la gloria de la represión y del acierto, ó pese sobre ellos los riesgos del error y las consecuencias dolorosísimas de la impunidad.

JOSÉ GARCÍA ROMERO DE TEJADA,
Abogado fiscal de la Audiencia territorial de Sevilla.

Digitized by Google

CÓDIGO CIVIL

Jurisprudencia del Tribunal Supremo en las diversas cuestiones sometidas á su resolución.

PATRIA POTESTAD DE LAS VIUDAS SOBRE SUS HIJOS.—*Habiendo contraído matrimonio una mujer después de la publicación de la ley de Matrimonio civil, y dispuesto su marido en el testamento que, caso de morir su esposa antes que él, ejerciese otra persona por el testador designada el cargo de tutor de sus hijos, ¿deben éstos ser sometidos á la patria potestad de su madre, que, vigente ya el Código civil, contrajo segundas nupcias, ó, por el contrario, recaer la tutela en la persona designada por el padre?*—Entendían algunos tratadistas y comentadores del Código, que, conforme á los artículos 64 y 65 de la ley de Matrimonio civil, la mujer casada en época posterior á la promulgación de dicha ley, había adquirido un derecho, del cual solamente podía ser despojada, si muerto su marido después de publicado el Código civil, ella contraía nuevas nupcias, pero no si el fallecimiento ocurrió antes de ser el Código promulgado, por falta en este caso de términos hábiles para ello; derecho que respetaba, á su entender, la 12.ª disposición transitoria del citado Código civil. Pero el Tribunal Supremo, llamado á resolver la cuestión, ha establecido la doctrina contraria, determinando: 1.º Que las viudas conservan íntegro el derecho de patria potestad sobre sus hijos mientras no pasen á segundas nupcias; de modo que lo que se condiciona por el art. 168 del Código es este nuevo estado, prescribiéndose, como se prescribe, que en tal supuesto per-

Digitized by Google

derá la madre la patria potestad, á diferencia de lo establecido en la anterior ley de Matrimonio civil. 2.º Que como semejante condición del art. 168 depende completa y absolutamente de la realización voluntaria por parte de la viuda de un acto posterior á la publicación del Código, es evidente que al celebrar después de promulgado éste, segundo matrimonio una viuda, lo hizo sometida ya á las prescripciones de la nueva legislación. 3.º Que sólo podría constituir derecho adquirido el reconocido como tal por la ley anterior al estado civil que se disfrutaba, no aquél con que se condiciona un estado diferente. 4.º Que la disposición del art. 63 del Código civil es perfectamente compatible con la d l 168, puesto que el primero se refiere á los casos en que deba subsistir la patria potestad de las madres, bien por haber pasado á segundas nupcias antes de la publicación del nuevo Código, bien por haberlo así previsto y autorizado el padre en su testamento, en cuyos términos ha de entenderse el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes reconocidos á las viudas sobre los hijos legítimos habidos antes de contraer nuevas nupcias. 5.º Que en consecuencia de la doctrina expuesta, cuando una viuda, casada en primeras nupcias con posterioridad á la ley de 1870, contrae, vigente el Código, un matrimonio posterior, pierde la patria potestad, á menos que el marido hubiese previsto el caso en su testamento, ó aun cuando, por no regir el Código á la fecha del fallecimiento de aquél, no hubiera habido términos hábiles de preverlo, procediendo someter los hijos menores no emancipados á la autoridad de la tutela (Sentencia de 20 de Diciembre de 1892, *Gaceta* de 21 de Febrero de 1893).

El derecho de patria potestad no es renunciable.—Carece de aplicación en la materia de patria potestad el art. 4.º del Código civil, que establece la renuncia de los derechos otorgados por las leyes, porque la excepción consignada en el mismo artículo de no ser posible la renuncia cuando va contra el interés ó el orden público, ó perjudica á tercero, rige en lo relativo, tanto al ejercicio del derecho de patria potestad, como al

Digitized by Google

de la administración de los bienes de los que están en aquella potestad mientras ella subsista. Establecida en ventaja de los menores la institución de la patria potestad, y encaminada también al mantenimiento del orden adecuado en la familia, entraña aquélla una suma de deberes, entre los cuales figura muy principalmente la administración de los bienes de los hijos, sin que la ley que faculta á los padres para la emancipación de aquéllos á cierta edad y con determinadas circunstancias, les autorice en caso alguno á renunciar la administración de los bienes de los que están sometidos á la potestad paterna ó materna. Viviendo, por consiguiente, la madre, llamada por la ley á ejercer la patria potestad, no es posible admitir su renuncia al ejercicio del cargo y á la administración y usufructo de los bienes de sus hijos, ni por consiguiente proceder al nombramiento de tutores ó curadores (Sentencia de 22 de Octubre de 1891, *Gaceta* de 3 de Diciembre del mismo año).

El padre que contrae ulteriores nupcias, pierde, conforme á la legislación de Navarra, la patria potestad, ó sea la tutela y administración de las personas y bienes de las criaturas del primer matrimonio.—La ley 1.ª, tít. 10 del libro 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra, dispone que el padre que contrae segundas nupcias, pierde la patria potestad, ó sea la tutela y la administración de las personas y bienes de los hijos del primer matrimonio; subsistiendo, no obstante, otras obligaciones legales nacidas de la paternidad; y hallándose en vigor, asimismo, la ley 2.ª de dicho título y libro, y la 50 de las Cortes de Pamplona de 1765-66 sobre ciertos derechos reconocidos á los hijos del primer matrimonio. Dichas disposiciones legales, lo propio que la observancia de las leyes *Fœminæ* y *Hac edictali Codicis de secundis nuptiis,* subsisten hoy en Navarra, á pesar de la promulgación del Código civil, según el texto de su art. 12, sin que dicho Código pueda invocarse en la materia como derecho supletorio, puesto que habiendo disposiciones forales, no sería supletorio, sino derogatorio. Tampóco puede

Digitized by Google

suponerse aplicable al caso la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación de Navarra, toda vez que el hecho de haber obrado el rey Felipe V, después de casado en segundas nupcias, como tutor de su hijo D. Luis, por su carácter político y por no estar especialmente regulada la familia de los monarcas por el Estatuto personal navarro, no tiene valor civil alguno para los naturales de aquella región (Sentencia de 31 de Marzo de 1892, *Gaceta* de 20 de Abril del mismo año).

***

DESAHUCIO. — *Competencia sobre desahucio.* — El comprador de una finca que promueva contra el arrendatario demanda de desahucio, ¿deberá presentarla ante el Juez municipal ó ante el de primera instancia? El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 Marzo último, *Gaceta* del 22 de Abril, casando la sentencia recurrida, declaró que en el caso del art. 1571 del Código civil, compete conocer del desahucio, no al Juez municipal, sino al de primera instancia del partido; por no ser esa causa ninguna de las que la ley de Enjuiciamiento civil somete á la competencia de los Jueces municipales.

Indemnización de daños y perjuicios.—Es un principio inconcuso de derecho, sancionado por nuestro Código civil, que todo aquel que causa un daño en propiedad ajena, ó que en el cumplimiento de las obligaciones incurriere en dolo, negligencia ó morosidad, queda sujeto á la indemnización de perjuicios, los cuales han de ser ciertos y estimables para ser exigidos. Lo es, asimismo, que el deudor de buena fe responde sólo de los daños y perjuicios previsibles y de los que sean necesaria consecuencia de su falta de cumplimiento de la obligación contraída, y que en caso de dolo responderá el deudor de todos los perjuicios que conocidamente se deriven del incumplimiento de la obligación.

De ahí que, declarando haber lugar al recurso de casación, haya declarado el Tribunal Supremo: 1.º, que no se puede

Digitized by Google

exigir al arrendatario pague el importe de las obras realizadas por el arrendador, según contrato; 2.º, que reclamándose por éste el pago de esas obras, es preciso valorarlas y determinarlas, sin que de no hacerlo así, exista cantidad líquida base de la indemnización pretendida; 3.º, que no incurre en mora el arrendatario obligado á cierta indemnización que había de abonar al desalojar el local, si al tiempo de la entrega de las llaves puso á disposición del dueño dicha suma que éste no quiso recibir; y 4.º, que estimando lo contrario, infringió la Sala la ley del contrato (Sentencia de 27 de Diciembre de 1892, *Gaceta* de 21 de Febrero de 1893).

La sentencia de 19 de Noviembre de 1891 (*Gaceta* de 1.º de Enero de 1892) reconoce también muy justamente la responsabilidad de indemnizar por incumplimiento de las obligaciones, consignada en los artículos 1101 y 1106 del Código civil; determinándose en otra sentencia de 22 de Abril de 1892 (*Gaceta* de 5 de Agosto de dicho año), que no ventilándose en el pleito cuestión alguna sobre los daños y perjuicios que naturalmente se produjesen en el predio sirviente de una servidumbre de aguas, sino de los causados por hechos ú omisiones del dueño de los predios dominantes que agravan la servidumbre expresada, y de los cuales debe responder aquél con arreglo á las disposiciones legales, no se infringe el art. 552 del Código civil, ni el 69, 71 y 72 de la vigente ley de Aguas al condenar á la indemnización al dicho dueño de los predios dominantes, conforme al principio jurídico de que si bien el dueño de una cosa puede hacer en ella y de ella lo que por bien tenga, esta facultad no es tan absoluta que le permita lesionar en modo alguno el derecho de un tercero.

***

JUICIO VOLUNTARIO DE TESTAMENTARÍA.—*Los hijos y nietos del testador, herederos de éste, ¿pueden, no obstante la prohibición contenida en el testamento, promover el juicio de testamentaría?*—El Tribunal Supremo, después de consignar como doctrina en

Digitized by Google

sentencia de 29 de Enero de 1891 (*Gaceta* de 19 de Febrero siguiente), que la ley procesal aplicable á un juicio de testamentaría es la vigente al tiempo de deducir su acción las partes que lo promueven para la liquidación, división y pago de sus respectivos haberes, y no la que estaba al fallecer el testador, por lo cual, á pesar de haber transcurrido catorce años, no prescribió dicha acción, establece: 1.º Que los herederos legítimos pueden promover el juicio de testamentaría, no obstante lo prohiba el testador, porque esta prohibición sólo se refiere á los herederos voluntarios y legatarios de parte alícuota, según así lo prescribe el art. 1039 de la ley de Enjuiciamiento civil y la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo; por lo cual infringe la ley la Sala sentenciadora que resuelve lo contrario (Sent. de 1.º de Diciembre de 1891, *Gaceta* de 5 de Enero de 1892). 2.º Que el art. 1057 del Código civil, al permitir que el testador pueda encomendar por acto *inter vivos* ó *mortis causa*, para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición á cualquiera persona que no sea uno de los coherederos, en nada ha modificado el derecho de los herederos legítimos á promover el juicio voluntario, sin que pueda sostenerse que el citado artículo ha derogado los preceptos del antiguo derecho, en los cuales se inspiró siempre la doctrina del Supremo Tribunal al declarar que los herederos deben recibir su porción legítima libremente, sin ninguna condición ni agravamiento. 3.º Que los artículos 1056 y 1058 del Código civil son inaplicables cuando no se trata de la partición hecha por el padre, ni del caso en que el testador nada hubiese dispuesto y los herederos fuesen mayores de edad; siendo indiscutible que ni por la legislación antigua ni por la vigente puede reconocerse eficacia á la prohibición del testador en punto á la intervención judicial, en cuanto ella condiciona los derechos legítimos de los herederos necesarios de aquél (Sent. de 8 de Febrero de 1892, *Gaceta* de 15 de Marzo siguiente).

Interpretando la propia sentencia la regla 12 de las dispo-

Digitized by Google

siciones transitorias del Código, según la cual, los derechos á la herencia del que hubiese fallecido con testamento ó sin él antes de regir el Código, se regirán por la anterior legislación, adjudicándose y repartiéndose con arreglo al Código la herencia de los fallecidos después, con testamento ó abintestato, pero cumpliendo en lo posible las disposiciones testamentarias, establece el referido fallo: que dicha regla 12 no ha modificado los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, ni la doctrina del Supremo que fija su recta inteligencia, porque la ley procesal se refiere al modo y forma de practicar las operaciones particionales, y la repetida disposición transitoria determina solamente el derecho que en la partición de la herencia testamentaria ó abintestato de los fallecidos después de publicar el Código civil, tengan con arreglo á éste los interesados en la misma.

La prohibición impuesta por el art. 1057 del Código civil de encomendar el testador hacer la partición de bienes á un coheredero, comprende al viudo ó viuda superviviente.—Así lo ha estimado acertadamente el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 8 de Febrero de 1892; porque el viudo superviviente es coheredero con los demás que con este carácter concurran á la herencia, desde el momento en que la ley le señala una parte alícuota en los bienes del cónyuge premuerto, y viene á suceder á éste con ó sin su voluntad; aparte todo ello de que el art. 807 del Código clara y expresamente llama al viudo ó viuda herederos forzosos.

La Redacción

Digitized by Google

COSTUMBRES REGIONALES ANTE EL CÔDIGO

Una de las conquistas modernas que hace época en los fastos jurídicos y que enaltece la Regencia de la minoridad de D. Alfonso XIII, es sin duda alguna el Código civil.

Sin desconocer que, como trabajo humano, no pudo salir perfecto y que sus deficiencias tendrá que ir corrigiéndolas el estudio constante y la experiencia del modo previsor que sus mismas disposiciones adicionales encomienda á los Presidentes del Supremo y de las Audiencias territoriales, lo juzgamos, por más que nuestro criterio tenga poco prestigio y autoridad, como la obra ecléctica maestra, llamada aun á ser más admirada por los venideros que por los actuales, á pesar de su general aceptación.

Nuestro juicio, en medio de todo, tiene que ser imparcial, pues no le perdonamos, por la región en que escribimos, la suerte que le ha cabido á los foros, que, á pesar de ser una especialidad gallega y asturiana, regida por el derecho consuetudinario, salvo lo que en lo adjetivo, ó sobre apeos y prorrateos, se había legislado, han dejado de existir para lo futuro; y aun cuando no les afecte el comiso, tanteo, laudemio, sino por pacto la redención, y estar sujetos á una perpetuidad interina indefinida, los vemos de mala gana fusionados con la enfiteusis y con el arrendamiento, según se constituyan sin ó con limitación de tiempo; y nos molesta más al observar que fueran menos afortunados que los arrendamientos ó establecimientos á *rabassa morta* de los catalanes que, sin fundir-

Digitized by Google

los con ningún otro contrato, perdiendo únicamente lo onomástico, han tenido cabida en el Código (1). Y se me permitirá lo atribuya, no á falta de eminentes jurisconsultos y de insignes políticos, que los tuvimos y tenemos, que compiten y aun sobresalen á los de otras regiones, sino á que algo descuidan *as cousas da terriña* (2).

Perdido el foro, ¿perderemos la Compañía gallega, única institución jurídica que puede quedar de las dos que constituían el fuero especial de Galicia? Esperamos que no, porque aun puede figurar en uno de los proyectos de ley ó apéndice.

La Compañía familiar gallega, institución de derecho consuetudinario, era acreedora á figurar en el Código aun cuando hayan sido estériles, al menos en parte por ahora, la luminosa memoria presentada á la Comisión de Codificación por el vocal correspondiente (3), encargado de informar á la Sección por consecuencia del Real decreto de 2 de Febrero de 1880, que refrenda un ilustre gallego (4), y la recomendable apología que con su autorizada palabra hizo un insigne letrado también regional (5) en la sesión de 30 de Noviembre de 1886, en el Congreso Jurídico de la corte al discutirse sobre el tema «la costumbre y jurisprudencia», sosteniendo la necesidad de la indicada Compañía. Se halla ésta tan arraigada en los hábitos de nuestros campesinos, que no nos aventuraremos en asegurar que será difícil que la actual generación deje de utilizarla.

Tres son las causas de la decadencia de esa sociedad peculiar de Galicia y del olvido en que la ha dejado el legislador. Primera, el no haberle dado hasta el presente carta de natura-

---

(1) Artículos 1656 y siguientes.

(2) Véanse las páginas 6.ª del núm. 1.º, y 8.ª del núm. también 1.º del corriente año de *La Patria Gallega*.

(3) Sr. D. Rafael López de Lago, distinguido Abogado del Colegio de la Coruña.

(4) Excmo. Sr. D. Saturnino Alvarez Bugallal, de grato recuerdo.

(5) Doctor D. Manuel Paz Novoa, Catedrático de la Escuela mercantil de la indicada ciudad de la Coruña.

Digitized by Google

leza el Tribunal Supremo de Justicia entre las doctrinas de jurisprudencia; si bien es preciso hacer constar que los pleitos cuyas sentencias fueron en recurso de casación, tan solo en uno se alegó tal infracción: véanse si no las resoluciones de 22 de Mayo de 1886, 15 de Diciembre de 1875 y 2 de Enero de 1884, en pleitos de Vivero, Celanova y Caldas respectivamente, que se basan la segunda y tercera en no estar probada la sociedad, y la primera, única que dice «que esa práctica de la Compañía llamada Gallega no puede invocarse para fundar un recurso de casación por no constar que exista esa práctica, y aun existiendo, por no tener analogía con la cuestión litigiosa», y añade: «y en ese mismo pleito, ni estaba comprobada tal costumbre, ni era aplicable». Segunda, el Tribunal del territorio, que así como en lo antiguo era quien la sostenía con sus acertadas ejecutorias, en los tiempos actuales la rechaza: dígalo, entre otras, la sentencia de la Audiencia de la Coruña de 18 de Marzo de 1885, revocatoria de la dictada por el Juzgado de Negreira, denegándola, cuyo principal fundamento está en el tercer considerando, en que se sostiene «que la sociedad tácita que se titula Gallega, que se alega ser práctica del país, no puede ser admitida como costumbre, como ley, mientras el poder legislativo no la sancione, ni tampoco forma doctrina de jurisprudencia, como lo tiene consignado el Tribunal Supremo»: decisiones como estas no se veían cuando por existir compatibilidad eran gallegos los Magistrados de dicha Audiencia, no porque no sean ilustradísimos los que vienen de otras provincias á componer el Tribunal, sino por que no son bien conocedores del referido derecho consuetudinario y les sirve de escudo lo resuelto por el alto Tribunal de la Nación en 22 de Mayo de 1886, que dejamos ya comentado; y en obsequio á la verdad tenemos que reconocer que en un caso reciente, procedente del Juzgado de Ordenes, con fecha 28 de Marzo de 1890 revocaron la sentencia del inferior que la otorgaba, basándose en que no se había demostrado que constituyeran los demandados comunidad de bienes ni compañía de ninguna clase,

Digitized by Google

pues las pruebas aducidas en este sentido no eran suficientes y además contradictorias. Y es la tercera, la tendencia de los Abogados neófitos á negarle la existencia legal, por no verla traducida, como desean, en preceptos positivos, que dicen desapareció con el nuevo cuerpo legal, rehusando reconocer que es un acto jurídico eminentemente práctico, identificado con los hábitos de nuestros campesinos, en los que hay que estudiarla.

Es una verdad harto sabida que las costumbres, por sí mismas, no pueden ser nunca origen del derecho; que están subordinadas á la ley inalterable del progreso, cuyo concurso, y hasta fuerza supletoria, va desapareciendo á medida que los pueblos adelantan en cultura y civilización; pero no es menos cierto que el fanático é intransigente impulso reformista debe contenerse ante el recíproco influjo que existe entre la costumbre y el derecho, reconociendo la necesidad de que se armonicen en un fin verdaderamente conciliador. Bien lo comprendieron así los confeccionadores del Código al marchar con mucha parsimonia tratándose de aquéllas y de los fueros. Prueba de ello está, en que autorizaron (art. 6.º) para aplicar la costumbre cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido: dejaron subsistente (12), fuera de los efectos de las leyes, de los estatutos, de las reglas generales para su aplicación y de las disposiciones sobre el matrimonio, el derecho foral en las provincias y territorios en que está en vigor; y aun uniformando, no pudieron desentenderse de los usos locales como subsidiarios para regir las servidumbres de cañada, cordel, vereda, abrevadero, descansadero y majada, en defecto de ordenanzas y reglamentos (570); para la de medianería (571); para las distancias en la construcción de pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, etc. (590), y en la plantación de árboles (591); para disponer los albaceas los funerales en silencio del testador (902 en su caso 1.º); para interpretar las ambigüedades de los contratos (1287); para la duración de la acción redhibitoria por vicios y defectos de

Digitized by Google

animales y determinar aquélla (1496); para los arriendos, que hechos de buena fe, recobrada la cosa vendida, tiene que respetar el vendedor (1520); para el destino que debe darse á la cosa arrendada según su naturaleza en defecto de pacto (1555, párrafo 2.º); para el tiempo en que debe pagarse el precio convenido, no habiendo sido expresado (1574); para la permisión entre el arrendatario saliente y el entrante de la preparación de labores del año siguiente y la de recolección (1578); para las aparcerías de tierras de labor, de ganados de cría y de establecimientos industriales en silencio de la ley (1579); para fijar las reparaciones de los predios urbanos que deben ser de cuenta del propietario (1580); para el uso á que debe destinarse la cosa dada en comodato si no se convino (1749), y para, en fin, graduar con la calidad de la persona los gastos funerarios que deben ser satisfechos por los que habrían tenido obligación de alimentarle aunque el difunto no deje bienes (1894).

A esa circunspección con que se han conducido los innovadores se debe, no sólo que haya Código, sino que éste sea conciliador; que á haber seguido intransigentes por los derroteros del ideal de la tan decantada unidad legislativa, no se hubiera conseguido tenerlo, continuando el caos en la legislación. Y discúrrase como se quiera: porque esas particularidades de Galicia sean pocas; porque no hubiera habido necesidad de coleccionarlas en sus Cortes, que también las hubo en Santiago y en la Coruña, no han de ser de peor condición sus prácticas á las de Aragón, por haberlas mandado coleccionar las de Monzón, y á las de Cataluña, por haber ordenado las de Barcelona reunir sus usatges y constituciones generales.

Pero ya que á la Compañía familiar, que tanto interesa á la agricultura, no le ha sucedido lo que á los foros, que de ella no se ha ocupado para nada el Código, sin darle cabida, como pudo, en una sección ó en algunos artículos del título que trata del Contrato de sociedad, y cuya importancia es grande por quedar un hijo ó hija matrimoniado en casa de los padres, á donde pasa el haber del consorte que viene de afuera, co-

Digitized by Google

miendo á una misma mesa y manteles, con comunión de bienes, y habiendo una sola bolsa, está basado en el consentimiento tácito, con trabajo de consuno en bienes de todos: nada más justo que figure en uno de los apéndices de aquella compilación, como una de las especies de sociedad tácita, determinándose las condiciones de su existencia y sus efectos legales: tiene que ir sola, toda vez que la ley especial que anuncia el final del art. 1611, que regule la redención de los dominios en los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales sin duda alguna irán comprendidos las rentas, sisas ó censos frumentarios peculiares también de la región, como de carácter transitorio, tiene que concretarse á los existentes, y no debe figurar en aquéllos.

No vamos á tratar aquí de desenvolver lo que es esa sociedad gallega, las ganancias y pérdidas comunales, su duración y modo de liquidarla (1); nuestro objeto es continuar demostrando que no está derogada, y que por su importancia bien merece que no la desatienda el legislador ni el Tribunal más alto de la Nación en el pleito que comprobada en forma vaya en casación, si por la Sala sentenciadora regional no se estimara.

La costumbre es la más clara manifestación de las evoluciones del derecho positivo en la conciencia general del pueblo, como la llama un gran publicista italiano (2); aunque no puede aceptarse siempre como regla cierta que someta á su imperio las relaciones jurídicas, es acreedora á pasar á ser jurisprudencia cuando, como en la de que se trata, viene usada repetidamente, ésta identificada con los hábitos del pueblo rural gallego, es conforme con la religión é interés del país, y está consentida por el mismo legislador.

---

(1) Se trata de ella de un modo bien compendiado en la pág. 55, tomo 68 de la REVISTA.

(2) Pasquale Fiore.

Digitized by Google

Que está en uso desde muy antiguo la sociedad tácita de que venimos tratando, nos lo dicen autores respetables. Entre ellos, el eximio historiador de Galicia, que dice (1), respecto á la comunidad doméstica, «no tememos asegurarla un remoto origen entre nosotros, por cuanto persevera en comarcas puramente célticas, como lo es el alto Aragón, y quedó en Galicia bajo la forma de la Compañía Gallega, resto de un primitivo modo de poseer que llegó hasta nuestros días al través de los siglos». También el no menos distinguido, del que ya nos hemos ocupado como apologista de dicha sociedad en el Congreso Jurídico Madrileño, aunque le da un origen más moderno, la hace elevar á los suevos; cita á Tácito, que expresa la costumbre de sortear las tierras los Germanos entre los vencedores, dando una porción igual al hombre que á la mujer, y después de explicar la esencia de la misma y derechos que entraña, la recomienda para figurar en el Código civil—hoy tendrá que ser en uno de sus apéndices—como lo ha hecho el portugués, porque además de sus inmensas ventajas para la familia y la propiedad, eleva y dignifica á la mujer, colocándola en el lugar que le corresponde por derecho natural. La Audiencia de Galicia estuvo fallando hasta los últimos tiempos con arreglo á tan interesante derecho consuetudinario y la encomian los prácticos Herbella y Besada.

Ya en el Congreso Gallego, celebrado en Compostela en 30 de Julio de 1885, la ha defendido brillantemente el autor de la magistral obra de *Crédito agrícola*, D. Joaquín Díaz de Rabago, y el Presidente del certamen, Excmo. Sr. D. Eugenio Montero Ríos, una de las más honrosas glorias de aquella escuela, al resumir el debate, no pudo prescindir de detenerse en ella demostrando la importancia de esa práctica gallega (2).

---

(1) D. Manuel Murguía en el prefacio á sus Estudios sobre propiedad territorial, Pontevedra, 1882.

(2) Puede verse en el núm. 1870 del periódico de Santiago, *Gaceta de Galicia*, correspondiente al 31 de Julio del 85.

Digitized by Google

La necesidad de conservarla no puede ponerse en duda por la utilidad que reporta á los intereses agrícolas. Aunque algo tarde, reconocen los publicistas la conveniencia de proteger la industria agrícola en un país como el español eminentemente productor por el cultivo; y de ahí que el Gobierno acudiese á la creación de campos experimentales de demostración agronómica (1) en los partidos judiciales, si bien con la dificultad consiguiente á los gastos de instalación y sostén, á la organización de Cámaras agrícolas (2); la necesidad de constituir Bancos en los pueblos rurales, en que por un interés módico se faciliten semillas y aperos á los arruinados labradores, contrarrestando la usura que tanto los aniquila: el proyectado establecimiento de colonias agricultoras penitenciarias y la ya ensayada inmigración á nuestras antillas. También la Sociedad gallega, conservándose en la región á que está identificada con los hábitos de sus campesinos, que ha sido tan mal impugnada, si se nos permite, por los que no la conocen, es un gran pedestal para el aumento y desarrollo de la industria agrícola y de la riqueza pecuaria, por el estímulo al trabajo que despierta en los socios el derecho á tener participación en los aumentos y en la explotación. Niéguese la Compañía y óptese por lo de salarios, que es lo subsidiario, y se pondrá en observancia un método más complicado y menos noble entre los individuos de una misma familia.

La existencia de tal comunión tácita nadie la puede poner en duda, con solidez, aceptada como ha sido durante siglos, como puede comprobarse en el archivo del mismo Tribunal territorial de Galicia; y es costumbre jurídica que entra en la categoría de aquellas regionales de que se ocupó el Congreso Jurídico Español en su tercer tema, y que votaron 346 individuos del mismo (3), para que, ya en forma de precepto obligatorio,

---

(1) Real decreto de 6 de Abril de 1888.

(2) Real decreto de 14 de Noviembre de 1890.

(3) Véanse páginas 41 y 626 del tomo 70 de la REVISTA.

Digitized by Google

ya como forma de derecho, aplicable según la voluntad de los interesados, se incluyera en el Código civil. Y ya que éste se promulgó sin darle cabida, que figure en uno de sus apéndices, pues Galicia debe tenerlo como las demás regiones forales; y así lo ha reconocido el ex Ministro de Gracia y Justicia, Sr. Fernández Villaverde, en el discurso de apertura de Tribunales de 15 de Septiembre de 1890.

Otras costumbres existen en la comarca gallega de carácter secundario, variables, como ya hemos manifestado, dentro de las mismas provincias que comprende aquel antiguo reino. De ellas no podía ocuparse la Codificación civil sin pecar de casuística; pero que, á nuestro juicio, son susceptibles de observancia cuando versan sobre relaciones jurídicas y particularidades en que no innovó el legislador.

Somos los primeros en reconocer con el art. 5.º del Código, que no prevalece contra la observancia de las leyes el desuso, ni la costumbre ó la práctica en contrario; pero autorizando el párrafo segundo del artículo siguiente para que cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplique la costumbre del lugar en todo aquello sobre que no ha estatuído el legislador, y en ciertos actos que en las regiones se rijan por costumbres, éstas deben de subsistir como supletorias, toda vez que no contrarían en nada aquel cuerpo legal.

Sirvan de ejemplo las tres siguientes: servidumbre de medio yugo, partija provisional de roturación en montes, y que la extinción de aparcería de ganados por voluntad del capitalista tenga lugar cuando el criador no los necesita para el cultivo de las tierras.

La servidumbre de medio yugo, que se conoce en el país por de *anda* ó *pasa boy*, consiste en el gravamen de tener que dejar, cerrando terrenos labrados y contiguos, un espacio de media vara ó 42 centímetros de la actual medida para que el dueño del colindante pueda dar vuelta por allí con el arado y cultivarlo cómodamente hasta la línea divisoria. Esa costumbre en nada pugna con lo legislado sobre servidumbres y derecho de

Digitized by Google

cerrar las fincas rústicas; y como los usos del lugar deben seguirse, según el art. 590, para guardar las distancias á que pueden construirse los pozos, las cloacas, acueductos, *cerca de una pared ajena* ó medianera, por identidad de razón deberán tenerse en cuenta para levantar, acotando muro sin tocar á la línea divisoria y sobre piso propio, dejando aquel pequeño exparcimiento, ya que acerca de ello nada se reglamentó que con la observancia de esa servidumbre se contradiga.

Los montes, por su grande extensión en algunos términos municipales, por los tojos, yerbas ó maleza, vulgo esquilmos, que para abonar tierras producen, y por el trigo que cuando se roturan suelen dar, constituyen una riqueza, aun donde la silvicultura está descuidada. Corresponden al dominio particular, por más que los aprovechamientos que no sean de cultivo los hagan comunalmente los vecinos de los lugares donde están sitos; se hallan *pro indiviso* y hasta por demarcar de una manera estable. Cuando de veinte en veinte años, ó más, sus poseedores se proponen hacer lo que en el país se llama estibada en monte virgen, viejo ó que está de sazón, que requiere ese largo período de tiempo de descanso para producir, por más que teniendo bastante, cambiando de superficie, lo hagan con más frecuencia de dos en dos años ó anualmente, según el mayor ó menor espacio que tengan y posibilidad de hacerlo, en unas partes, y son las más, se reunen los condueños ó partícipes, interviniendo por los arrendantes sus colonos ó tenedores, y puestos de acuerdo en el trozo ó trozos que les conviene dedicar al laboreo, hacen entre ellos la partija sin escribir, y con un palo largo, delgado, de diez cuartas, equivalentes á dos metros noventa y siete milímetros, van señalando á cada uno la porción que le corresponde, ya por herencia ó ya por compra, por sí ó á nombre del amo que representa; y en otras, la abundancia de montes tiene establecido que sin juntarse la colectividad, vayan los partícipes, ya solos ó ya acompañados, á señalar la sembradura que les conviene roturar, marcando el perímetro cada cual con arran-

Digitized by Google

ques de terrón con la azada, que hacen las veces de marcas provisionales, tan respetadas, que el introducirse para variarlas es un despojo de las costumbres posesorias.

Hecha la partija como hemos visto en esos montes, que toman la vulgar denominación de «monte de vara», según hasta así se llaman en las escrituras de foro y compraventa por la medición que con ella se hace, proceden cada uno dentro de lo que le tocó al descuajo ó rozado, ó á la cavadura, quema, siembra y á procurar cerrar de mancomún toda la extensión objeto de división y de cultivo en proporción de lo que cada uno coge dentro; con setos muertos, según la localidad ó muro de terrón. Lo ordinario es que esté cercado con cierre bueno, reparado durante dos años; pues en el país gallego, en que por lo general no hay pastor para el ganado, sino que anda en común, les conviene tener guardado, si se quiere preservar el fruto de daños de animales (1); en ese período de tiempo se producen las dos cosechas, primero de trigo y luego de avena, y recogida ésta, deshacen el acotamiento, volviendo á pastar los ganados y á aprovechar los tojos y esquilmos en mixtión, excepto en los lugares en que el uso autoriza únicamente para coger dentro de lo que cada uno ha cultivado y apacentar en ellos; á no ser que se pongan de acuerdo en mantenerlo cerrado para destinar á la producción de buen tojo y convertir la finca en lo que se suele llamar *chousa*. Por lo general, la partición de que se trata es provisional, periódica, pues no dura más que lo necesario para lograr las dos cosechas, habiendo preparado siempre la infracción de tales costumbres posesorias la interposición de interdictos, de éxito seguro probados los dos extremos requeridos.

Siendo la partija de la cosa común estatuída en el Código un acto potestativo, que puede pedirse en cualquier tiempo,

(1) Esta práctica estuvo antes muy arraigada, pero posterior á 1870, en que se reformó el Código penal, se fué generalizando la de que se podía tener abierto y que los dueños cuidasen de los animales.

Digitized by Google

mientras que no se solicita, tiene que continuar la comunidad por las reglas allí dictadas y por las costumbres locales en cuanto no han sido derogadas por aquéllas. Y con continuar las partijas provisionales de estibada, ínterin no se demanda la partija definitiva en forma, no se pacta la indivisión prohibida en el art. 400, á no ser por tiempo determinado que baje de diez años, siendo susceptible de prórroga por nueva convención, sino cubrir las indicaciones del cultivo y aumentar la riqueza productora. Y montes habrá en Galicia que, por la reconocida subdivisión de la propiedad, de la partición ultimatoria, se hagan las porciones adjudicadas inservibles, por no admitir el acotamiento y cultivo aislado, consideración que tiene en cuenta la misma ley en el artículo siguiente.

Otra fuente de riqueza es la ganadería. El deseo de lucro en el capitalista labrador y el carecer de metálico para comprar las reses necesarias sostenibles del cultivo, el criador, prepara la necesidad de celebrar el contrato de aparcería. El Código civil se ocupó de él en su art. 1579, al hacerlo del arrendamiento por aparcería de tierras de labor, que dice se regirá por las disposiciones relativas al de sociedad y por las estipulaciones de las partes, y en su defecto, *por la costumbre de la tierra,* y es cuanto basta para que continúe en la forma que ya se conocía en la región galáica.

Uno de los modos de extinguir la sociedad de aparcería de ganados ha sido siempre, y lo respetó el caso 4.º del art. 1700, la voluntad de cualquiera de los socios, pues por lo ordinario se suele constituir indeterminadamente, y por lo tanto, no hay término para su duración que dificulte la disolución. Pero por identidad de razón de que la renuncia á ser socio, cuando hay tiempo marcado, ya por disposición del contrato, ó ya por naturaleza del negocio, requiere justo motivo, y en todo evento, para que surta efecto, debe ser hecha de buena fe y en tiempo oportuno, poniéndolo hasta en conocimiento del consocio (artículos 1705 y 1707), deberá respetarse la práctica, en las realizadas indeterminadamente, de no extinguirse estas aparcerías

Digitized by Google

sino en las épocas adecuadas en que las tierras no precisan en el cultivador, del auxilio de ganados para las faenas agrícolas, que suelen ser por los meses de Marzo, Junio, Octubre, hasta el mes de Noviembre, ó sea San Martín, lo que se entiende únicamente en los ganados que sirven de yunta para el laboreo. Y la de que se intime, por medio de testigos (1), al tenedor de las reses para que las lleve á la feria, quien tiene en algunos puntos para hacerlo tres consecutivas, adjudicándose por el mayor precio de aquéllos mercados al capitalista ó dueño con preferencia sobre el mantenedor, como también cuando hay desconfianza de que por el estado aciago de fortuna de éste negociara con fraude la cabeza ó cabezas de ganado que cría, el requerirle de que si quiere vender en feria sin concurrencia del consocio, dé una fianza, ó en otro caso, nombre un perito que, en unión con el que designe el último, le tasen, y queda por el mismo en el precio de tasación, entregándole la parte de ganancia que le toque al mencionado criador, si la hubiere.

Hay otras muchas más costumbres de carácter secundario: como sobre el espacio que deben tener los alrededores de las heredades para pastos; épocas en que se suelen hacer las diligencias de despedida previa en los desahucios; épocas en que por recogidas de frutos se suelen tomar y dejar las tierras, ya sean de una ó dos hojas; aprovechamiento de los barbechos; utilización, y en su caso indemnización por tasa, de las sustancias excrementicias que quedan en las heredades que llevaron trigo, vulgo Bogos, que sirvan, sin otro estiércol, para sembrar maíz; modo y tiempo de hacer los acotamientos; ancho que deben tener las zanjas ó gavias; manera de usar las cancillas ó compuertas, ya sean fijas ó ya de abrir y cerrar, y de costearlas cuando hay que renovarlas; y otras muchas que no nos proponemos describir por no pecar de prolijos. Sobre

(1) También suelen hacerse los requerimientos sin testigos, pero van más garantizados con ellos.

Digitized by Google

ellas nada nuevo se ha establecido en el Código civil, y por lo tanto, han de continuar observándose.

Dejará de ser la costumbre una de las fuentes de nuestro derecho, pero constituirán jurisprudencia aquellas que, ya establecidas, el legislador, con la ilustración y acierto que le distingue, mandó respetar como subsidiarias á falta de precepto escrito, y las que constituyendo especialidad, como la Compañía Gallega, deban figurar en uno de los apéndices; pues las costumbres jurídicas, á imitación de los anales de la humanidad, son inscripciones de marmol que no borran los siglos ni destruyen los innovadores.

VICENTE STOLLE Y ALVAREZ.

Digitized by Google

ESTUDIOS SOBRE EXPROPIACIÓN FORZOSA *

CAPÍTULO PRIMERO

Historia de la expropiación forzosa.

Breve noticia de la expropiación forzosa en los pueblos antiguos.—Opiniones sobre su existencia en Roma.—Nuestro parecer.—La expropiación forzosa en las edades media y moderna.—Disposiciones del derecho francés, antes y después de la revolución, de Italia, Rusia, Inglaterra, Austria, Suecia, Suiza, Hungría, Bélgica, Dinamarca, Grecia y Colombia.—Legislación española antes y después de 1836.—Proyectos presentados.—Derecho complementario.

Dice el Sr. Tort y Martorell que son pocas y ocultas con mil oscuridades las disposiciones que la antigüedad nos ha legado, en lo referente á expropiación forzosa, y así es en efecto. No cabe pensar en ella, en aquellos tiempos en que la única propiedad que existía era la mueble, esto es, la tienda, los utensilios, las armas y los animales de carga; tampoco podía existir en aquel período en que la propiedad tenía un carácter colectivo, ya sea de la familia, la estirpe ó el pueblo, ni aun en los imperios asirios y persas regidos despóticamente; en ellos existía la confiscación, el derecho de vida y muerte, pero no la expropiación. Lo mismo acontece en la India, donde los Bramanes, como representantes de Brahma, son los propietarios nominales y honorarios de todas las cosas.

En el pueblo griego encontramos algunas limitaciones de la propiedad, pero no la expropiación forzosa. En Esparta, donde según la legislación de Licurgo estaba repartida aquélla en lotes, no se podía vender el que á cada uno había tocado. En Atenas, una ley de Solón limitó la adquisición de los bienes raíces; pero, como dice el autor ci-

* Véanse las págs. 119 y sigs. del tomo 81 de la REVISTA.

Digitized by Google

tado, su pequeña extensión hacía imposibles las grandes obras para las cuales es necesaria la expropiación.

En el pueblo hebreo se resolvían en el año del jubileo todas las enajenaciones que se hubieran hecho, volviendo cada finca á su antiguo dueño: acaso alguien vea aquí algo así como expropiación, por que allí exigiese la utilidad general que cada inmueble pasase al dominio de su primitivo señor.

Asegura Proudhon que la expropiación forzosa fué desconocida por los romanos. Sea por olvido del legislador, añade, ó á sabiendas, la voluntad de todos estaba obligada á ceder ante la obstinación de un solo ciudadano, así el emperador Comodo se encontró en la necesidad de renunciar á la idea de ampliar el *forum* por los derechos que no quisieron cederse. Esta opinión de Proudhon, seguida en cierto modo por Labouleye, no es admisible; el caso de que Augusto (no Comodo), dice Mr. Batbie, renunciase á su proyecto para no violentar á un propietario—*non ausus extroquere possesoribus proximas domos*—según frase de Suetonio en que los autores se han fundado—no implica nada; podemos citar textos jurídicos que tienen más fuerza que el dicho de Suetonio para probar la afirmación contraria.

Una *lex regia,* citada por Persico, disponía que: *Quæcumque ex usu reipublicæ mojestate divinarum, humanarum, publicarum privatumque rerum esse censebit jus potestasque sit.*

La expropiación no se limitaba á las cosas inmuebles, sino que se ampliaba á las cosas incorporales, como las servidumbres prediales y el derecho de usufructo. También entraban en el número de las cosas expropiables los muebles, y especialmente los esclavos, acerca de cuyo extremo hacen Mr. Batbie y el Signore Cotarelli consideraciones que son sumamente interesantes.

La ley 50, de *operibus publicis,* del Código Teodosiano, dice que los particulares fueron obligados á ceder sus propiedades para la construcción del Pórtico de las Termas de Honorio, y á los propietarios desposeídos se les concedió á título de reparación que *in locum publicum privati ædificii quod in usum publicum translatum est ocupationem vetustæ basilicæ... ut contractus quidam et permutatio facta videatur.*

Hay una ley de los emperadores Arcadio y Honorio, en la que se regula la indemnización por los terrenos tomados para la edificación de las murallas de Constantinopla.

El ilustre redactor de la *Enciclopedia giuridica italiana,* Signore Cotarelli, aduce nuevos y valiosos argumentos en favor de la opinión de los que sostienen que la expropiación forzosa existió en Roma. De hecho, dice este erudito escritor, ésta existió por los sacerdotes en lo referente á los intereses sagrados, como se lee en Cicerón *(De oficis,* 16-66):

Digitized by Google

Quum in arce augurium augures acturi essent, jusisentque Ti Claudium Centumalum, qui ædes in Cœlio morte habebat, demoliri ea quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam, vendidit. Emit P. Calpeurnius Lanarius Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Festo tiene también un pasaje que expresa la misma idea: *Sumissiorum aliis eadem Honoris et Virtutis C. Marius fuit, ne si forte office ret auspiciis publicis, augurem eam demoliri cogerent.*

Una prueba de que la expropiación romana comprendía, no sólo los bienes inmuebles, sino hasta los muebles, está en lo que ocurrió en el descubrimiento de los que se creyeron libros de Numa Pompilio, con cuyo motivo dice Tito Livio que *libros primo quoque tempore in comitio cremandos esse; pretium pro libris quantum Q. Petilio prætori majorique parte tribunorum plebis, videretur esse solvendum.*

De unas palabras de Frontino, que no copiamos en obsequio á la brevedad, pero que pueden consultarse en la *Enciclopedia giuridica italiana (Proprietà,* pág. 144*)*, se deduce claramente que la expropiación es lícita para construir un acueducto, cuya disposición regía también en las colonias, como lo prueba lo que se dice en la *Lex Colonia Genitivæ Juliæ,* de tan extraordinaria importancia para el conocimiento del derecho colonial romano.

Finalmente, hay una Novela del Emperador Justiniano, la 7.ª, capítulo 2.º, párrafo 1.º, que sanciona en general la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública; su importancia para decidir la cuestión que nos ocupa nos mueve á transcribir una parte de ella, aun á riesgo de que parezca enfadosa la cita de tanto texto en latín. *Sinimus igitur imperio, si qua comunis comoditas est, et ad utilitatan reipublicæ respiciens, et possesionem exigens talis alicujus immobilis rei, qualem propusiomus; hoc á sanctisimis eclesiis et reliqiis venerabilibus domibus collegiis percipere licere, undique sacris domibus indemnitate servata, et recompensanda re eis ab eo, qua percipit, æqua aut etiam majore quam data est...*

Estas pruebas que debemos á Cotarelli, unidas á las suministradas por Batbie y Persico, nos autorizan para afirmar la existencia de la expropiación forzosa en el pueblo-rey, estando, por tanto, en contra de lo sostenido por muchos autores, entre ellos Tort y Martorell, que apoyándose en el parecer de Bauny de Recy, aseguran que aquélla no existió en Roma, llegando á decir los últimamente citados, qne no solamente no se conoció, sino que para nada la necesitaban, pretendiendo fundar su aserto en el carácter sagrado de la propiedad romana, cuando ya hemos visto que en provecho de la religión se decreta la expropiación; en la carencia de textos que fijen de una manera general el principio de la expropiación por causa de utilidad,

Digitized by Google

cuya afirmación cae por su base al ver lo que dispone la Novela de Justiniano que hemos citado, que tiene un alcance superior al que la quiere dar el Sr. Tort y Martorell; en el silencio de los jurisconsultos, cuando hemos transcrito un texto de Cicerón, bien expresivo por cierto, y en el dicho de Suetonio, cuyo valor es bien pequeño si se le compara con los de Festo, Frontino y Tito Livio, que quedan apuntados, sin contar con la fuerza que dan á nuestra opinión la *lex regia*, la 50 *de operibus publicis* del Código Teodosiano, las de Arcadio y Honorio, las del Justinianeo que cita Batbie, la 99 de la *lex colonia Genitivæ Juliæ*, etc., etc.

No hemos de caer, sin embargo, en la exageración contraria afirmando con Garboureau que en Roma existía una ley especial de expropiación, sino que nos limitamos á sentar estas conclusiones que entendemos suficientemente demostradas:

1.ª El principio de la expropiación forzosa se conoció en Roma más ó menos extensamente comprendido, estimando un tanto aventurado el calificativo de *cándido*, que el Sr. Tort y Martorell aplica al eminente Savigny por sostener lo que nosotros.

2.ª La indemnización consistía, bien en dinero, bien en algo equivalente, como ocurrió en el caso de reparar las murallas de Constantinopla, que es la ley 53 del tít. 50 del Código Teodosiano, en el cual se permitió á los desposeídos habitar en las torres.

3.ª No existiendo justificada la existencia de una ley general de expropiación, podemos deducir que, reconocido el principio, se aplicaba á los casos que iban ocurriendo.

4.ª En muchas ocasiones, en vez de expropiados, eran despojados los propietarios de sus bienes, no siendo tampoco raro que éstos los cedieran al Emperador para congraciarse con él ó sustraerse de una persecución. La prueba de que estas afirmaciones son exactas, están en que aquellas magníficas obras públicas, de que con razón se maravilla el Sr. Tort y Martorell, no podrían haberse llevado á cabo sin la expropiación, ya que es imposible adquirir todo lo preciso para ellas por contratos, y dado el carácter eminentemente jurídico del pueblo romano, no cabe pensar que se tomara siempre por la violencia, y no se diese al acto de apoderarse el Estado de la propiedad privada un aspecto legal, que no podía ser sino la expropiación forzosa.

***

Caracteriza á la Edad Media y aun parte de la moderna un hecho que transciende por su extraordinaria importancia á los órdenes todos de la vida, que es el feudalismo. No hemos de discutir si fué ó no be-

Digitized by Google

neficioso para el progresivo avance de la humanidad, sino examinar sus consecuencias en orden á la expropiación forzosa. La ausencia de un poder central robusto, centro de unidad del Estado, y el rompimiento de la nacionalidad en mil organismos independientes, que constituyen el feudalismo, habían de oscurecer la idea del bien común, del bien de la colectividad y hacer brillar únicamente el bien particular, siquiera éste fuera el del señor de horca y cuchillo. Siendo el estado de guerra constante y la lucha la ocupación general, no pensaron aquellas sociedades en construir cómodos caminos que unieran apartadas ciudades, sino en esperar tras una encrucijada ó en una espesura de las intransitables veredas, al infeliz comerciante que llevaba sus mercancías á la feria próxima para desbalijarle, cuando no era asesinado sin piedad.

La expropiación forzosa parte como supuesto indispensable del respeto á todos los derechos, del reconocimiento de los que al individuo y la sociedad corresponden, por lo cual no pudo existir en una época en que no era muy escrupulosa, que digamos, la observancia de las prerrogativas sociales é individuales.

En los siglos XII y XIII empezó á dibujarse la silueta de un poder, que tomando fuerza más adelante y merced á su unión con la Corona alcanzó grande importancia y contribuyó eficazmente á debilitar la autoridad feudal, y á que la Monarquía se alzase potente en los comienzos de la edad moderna. Nos referimos á las municipalidades, pequeñas agrupaciones independientes que se regían por la Carta-Puebla ó Fuero de su constitución, que levantaban milicias concejiles, que eran, en fin, un diminuto Estado, casi completamente autónomo, ya que sus relaciones con el Central eran, sobre todo al principio, bien pequeñas.

¿Existió la expropiación forzosa en los concejos ó comunes? Acaso se conociese, y racionalmente podemos conjeturarlo, pero es lo cierto que no podemos citar ninguna disposición en que se consigne, acaso porque se llevase aquélla á la práctica por el mutuo acuerdo y resolviendo *ex aquo et bono* las contiendas que se suscitasen, tal vez por regirse por el derecho consuetudinario, como en muchas ocasiones habría de ocurrir, dado lo diminuto de los cuadernos municipales y la multiplicidad de las relaciones de la vida.

Con el decaimiento del poder feudal y el de los concejos coincide el apogeo de la Monarquía, que tomó un carácter absolutista y á veces despótico. Ante el poder del Rey, que disponía de vidas y haciendas de sus vasallos, los derechos individuales proclamados desde la cruz por un Dios que murió por enseñarnos que somos iguales como descendientes de un mismo padre, que somos libres como quien tiene un

Digitized by Google

fin que cumplir racional y libremente, que somos hermanos como hijos de Dios y herederos del Cielo, son tenidos como cosa de poca monta. Las repetidísimas palabras de Luis XIV: *L'Etat c'est moi,* que sintetizan lo que es el poder y el derecho social y el individual, bajo el imperio del absolutismo, nos permiten deducir lo que sería en él la expropiación forzosa. Una ley existía para regularla, la voluntad del soberano; era una época ésta en que el interés social representado por el de la Casa reinante alcanzaba toda la preponderancia posible. ¿Deseaba el Rey que se construyera un palacio, un camino, un puente? Nada más fácil que hacerlo; si lo tenía á bien indemnizaba á los dueños de las fincas ocupadas, y si no le parecía oportuno dejaba de hacerlo: para eso tenía el *dominio eminente* sobre todo el territorio de su Estado.

Los autores franceses, y especialmente Mr. Batbie, han reunido una porción de disposiciones referentes á su país, que el Sr. Tort y Martorell copia, y nosotros vamos también á transcribir, para que sirvan de ilustración á las observaciones apuntadas.

Felipe Augusto renunció al derecho que tenía de no pagar indemnización por haber expropiado fincas para construir las fortificaciones de París y otras ciudades y *de fisco proprio compensabat,* como dice el texto. Hay una Ordenanza de Felipe el Hermoso de 1303, que permite la expropiación para fundaciones piadosas mediante el justo precio; existen igualmente dos Cartas-patentes de Marzo de 1470, registradas en el Parlamento, en 2 de Septiembre de 1480, autorizando al *maire* y *echevins* de Amiers para tomar, pagando indemnización, los terrenos precisos para sus fortificaciones. Un edicto de 1638 concede el canal de Briare á dos particulares, con permiso para tomar los terrenos necesarios y demoler los edificios que fuesen obstáculo, previa indemnización. Otro edicto hay de Luis XIV de 1666, referente á la concesión del canal de Languedoc con facultad de utilizar las propiedades necesarias para la ejecución de los trabajos, mediante siempre indemnización fijada pericialmente; bastan estas citas para formar juicio exacto de lo que era la expropiación forzosa, *retrait d'utilité publique*, bajo el régimen absoluto.

Como de las restantes naciones de Europa bien poco podríamos citar en este período que sea digno de mención, y á España hemos de dedicar sección aparte para reseñar toda su legislación, pasamos á hacerlo de las leyes dictadas desde la Revolución francesa á nuestros días, comenzando por Francia, ya por continuar la enumeración comenzada, ya por ser la nación en que se han dado mayor número de preceptos legales relativos á expropiación forzosa.

En la declaración de los derechos del hombre de 26 de Agosto

Digitized by Google

de 1789, que luego se incluyó en la Constitución de 14 de Septiembre de 1791, se consigna que el derecho de propiedad es sagrado é inviolable, y nadie podrá ser privado de él sino cuando la *necesidad pública* legalmente justificada lo exija *evidentemente* y bajo la condicion de una justa y anterior indemnización, principio reproducido de alguna manera en el art. 19 del preámbulo de la Constitución de 24 de Junio de 1793, y que con alguna variante se encuentra en el art. 358 de la Constitución del 5 Fruidor del año III. Las leyes de 28 Pluvioso año VIII y 16 de Septiembre de 1807 regularon los trámites de los expedientes de expropiación. La 1.ª, en su art. 4.º, proclama la competencia de la Administración, y la 2.ª confirma el mismo principio en lo referente á desecamiento de marismas.

El Código Napoleón, en su art. 545, permite la expropiación por causa de utilidad pública. La ley de 8 de Marzo de 1810, á que sirvió de base la nota de Schœnbrünn, fija los siguientes trámites en el expediente de expropiación forzosa: 1.º, acta de declaración de utilidad pública (ley ó decreto imperial); 2.º, lo que llama *arrête de cessibité*, que es el decreto que determina las fincas que se han de expropiar; 3.º, mandato de expropiación en defecto de cesión amistosa de los terrenos; 4.º, fijación de la indemnización; 5.º pago anterior á la toma de posesión.

Aunque poco importante, debemos citar aquí la ley de 30 de Marzo de 1831, por lo que afecta á la expropiación forzosa.

La ley de 1810 tenía un gran lunar, que hacía difícil con ella el fomento de las obras públicas; los tribunales civiles, para proteger la propiedad, fijaban la indemnización en grandes sumas, que hacían difícil la ejecución de muchas empresas; para salvar estas dificultades se dió la ley de 7 de Julio de 1833, que atribuyó la competencia para fijar la cuantía de la indemnización á un jurado especial, compuesto de personas interesadas, por ser contribuyentes, en ser escrupulosas en la valuación.

En 18 de Febrero de 1834 y 15 de Febrero de 1835 se promulgaron las Ordenanzas explicativas de las formalidades á que debían ajustarse las informaciones públicas en los expedientes de expropiación. Tiene fecha de 22 de Marzo de 1835 otra referente á los terrenos adquiridos para obras de utilidad pública que no se emplean en este objeto, y de 23 de Agosto de 1835 la relativa á las informaciones para obras de interés comunal.

La ley que está vigente en Francia, casi en su totalidad, es de 3 de Mayo de 1841, por lo cual á ella nos referiremos cuando hagamos citas de derecho francés.

Después se dió por el Senado Consulto de 1852 al Emperador la

Digitized by Google

facultad de declarar la utilidad pública, modificando la ley de 1841. Es también interesante el decreto de 26 de Marzo de 1852, sobre apertura y alineación de las calles de París, aplicable á las del resto de Francia, de importancia capital en lo referente á reforma de las poblaciones, cuyos preceptos desarrolló el Reglamento de 27 de Diciembre de 1858.

Finalmente, la ley de 13 de Abril de 1850, el decreto de 10 de Agosto de 1853, la ley de 22 de Junio de 1854, la ley de 21 de Junio de 1865, el decreto de 8 de Febrero de 1868, la ley de 24 de Julio de 1873, el decreto de 14 de Julio de 1876 y otras innumerables disposiciones, regulan puntos concretos de la expropiación forzosa ó de materias con ella íntimamente ligadas.

Para terminar la exposición de lo referente á la legislación francesa, daremos cuenta de dos proposiciones presentadas á las Cámaras de este país, modificando la ley de 1841; se presentó la primera en 1878, queriendo suprimir el Jurado, establecido por primera vez en 1833; el proyecto de 1886, lejos de eso, lo que intentaba era dar más importancia al magistrado director del jurado, que habría en lo sucesivo de dirigir las deliberaciones y votación. En 1890 se presentó á la Cámara de los Diputados otra proposición, modificando la ley vigente de 3 de Mayo de 1841.

La historia de la legislación italiana acerca de la expropiación forzosa es bien reciente y bien corta. Por la ley de 2 de Abril de 1852 fué autorizado el Gobierno para publicar un ley de expropiación forzosa. Después de maduro examen y grandes estudios, se publicó la que lleva la fecha de 25 de Junio de 1865, publicada en Roma en 17 de Noviembre de 1870, y pasa con justicia por ser una de las más completas y científicas que se han publicado, y á la cual haremos frecuentes referencias.

El art. 4.º de la ley de 3 de Febrero de 1871 se refiere también á esta materia, y en 18 de Diciembre de 1879 se promulgó otra ley modificando en algunos extremos la de 1865, pero su importancia científica es bien insignificante: redúcese á preceptuar qué autoridades deben decretar la expropiación, si se trata de trabajos accesorios á los generales, y las obras de interés comunal.

En Prusia, según la Constitución de 31 de Enero de 1850, en su artículo 9.º «La propiedad es inviolable; esto no obsta para que por causa de utilidad pública y mediante una anterior indemnización, el propietario pueda, en la medida determinada por la ley, ser privado en todo ó en parte de su derecho.»

Las antiguas provincias del Reino estaban regidas por el Código general que contenía algunas disposiciones sobre expropiación for-

Digitized by Google

zosa por causa de utilidad pública: en la provincia Rhenana, estaba vigente la ley francesa de 1810 con algunas modificaciones introducidas en 1857; de este territorio había que exceptuar una parte del distrito de Coblenza y la ciudad de Wetzlar, en donde estaba en vigor el derecho común alemán: en 1864 fueron agregados á Prusia el Schelewing-Holstein, Hannover, los tres Hesse, el gran ducado de Nassau y Francfort, que conservaron su legislación particnlar.

La confusión que existía era tal, que no había conformidad ni en las leyes aplicables á cada provincia ni en lo mandado por ellas; así por ejemplo, acontecía que *L'allgemeines Landrecht* exigia que una decisión real hubiera hecho la declaración de utilidad pública y permitido la expropiación; otras veces la autoridad provincial se creía para ello competente, salvo el recurso que se daba ante el Ministro cuando el objeto de la expropiación era construir un camino de hierro.

Se reconoció por fin la necesidad de dictar una ley general, y en 1860 comenzaron los trabajos para redactarla. En 1861 se presentó el proyecto á la aprobación de la Cámara; mas no habiéndola obtenido, se reprodujo en 1870, 1871, 1872 y 1873, fecha en que fué votada la ley que lleva la fecha de 11 de Junio de 1874, la cual está dividida en seis capítulos y cincuenta y ocho artículos. Posteriormente, en 2 de Julio de 1875, se ha dictado en Prusia una ley complementaria, digámoslo así, de la expropiadora, en la que se contienen las disposiciones referentes á apertura y alineamiento de calles, materia omitida en la ley de 1874.

En Wurtemberg rige en materia de expropiación la ley de 20 de Diciembre de 1888, que modificó el art. 30 de la Constitución; en Hamburgo la de 26 de Abril de 1844, reformada en 14 de Julio de 1879; en la Alsacia Lorena, la ley de 20 de Junio de 1881, que regula las indemnizaciones, y en Brema la de 16 de Abril de 1882.

El sistema de legislar que en Inglaterra se sigue, sabido es cuántas diferencias ofrece respecto al de las demás naciones. Por regla general, cuando sienten los ingleses una necesidad, buscan un medio práctico para satisfacerla, sin procurar nunca ó en raras ocasiones tener leyes generales y completas sobre cada materia, y no es raro que la costumbre y la jurisprudencia suplan, acaso con ventaja, la falta de derecho escrito, como sucede, por ejemplo, con la ley fundamental del Estado, con la Constitución que es consuetudinaria.

Sin embargo de seguir tan vicioso modo de legislar, la vida jurídica de aquel pueblo es normal, porque como dice el Sr. Tort y Martorell, «aunque las leyes ofrezcan dificultades, su gran sentido práctico las facilita, al revés de lo que acontecer suele en nuestra patria, don-

Digitized by Google

de acostumbran á ser buenas las leyes y viciosa su aplicación».

La ley *dans clauses consolidation ant,* de 1845, es un resumen de todas las disposiciones dictadas en cada caso particular para autorizar la ejecución de cada obra pública, como lo fueron las de 1860 y 1869.

En 1875 se dió un *bill* mandando expropiar las viviendas malsanas, teniendo en cuenta la gran mortalidad de las grandes ciudades, como Edimburgo y Glascou; otros preceptos existen que permiten la compra de los terrenos precisos para el cumplimiento de la ley de salubridad.

Tiene fecha de 25 de Agosto de 1883 una ley que, aunque no trata directamente de expropiación, este es el fin á que responde. Se dispone que para obtener patentes de invención en armas y municiones de guerra, ha de intervenir el Ministro de este ramo, lo cual, como es lógico, tiene por objeto expropiar la invención si se hace de ella un uso contrario á las necesidades públicas.

El Código civil austriaco dice, que «si la utilidad pública lo reclama, todo ciudadano puede ser obligado á ceder su finca y aun toda su propiedad, mediante una indemnización conveniente»; principio desenvuelto en la ley de 18 de Febrero de 1878, que regula la expropiación forzosa, aunque sólo en cuanto es indispensable para la construcción de las vías ferreas.

En Suecia la ley de 14 de Abril de 1866 es la vigente sobre expropiación, pues la de 30 de Diciembre de 1880 sólo se puede considerar como adicional de aquélla, que se aplica en primer término; en Finlandia el Código de 1734 reconocía la expropiación forzosa, cuyo principio fué desenvuelto por la ley de 12 de Diciembre de 1864.

Según la ley federal suiza de 23 de Diciembre de 1872, en su artículo 12, la legislación federal sobre expropiación por causa de utilidad pública se aplica á todos los caminos de hierro concedidos por la Confederación. La ley de 23 de Octubre de 1876 dicta reglas para llevar á cabo la expropiación forzosa.

En el cantón de Zurich se presentó á la aprobación de la Asamblea en la sesión de otoño de 1879 una ley de Expropiación forzosa que fué vivamente discutida; en el de Vaud se comprende esta materia en el Código civil, que en 22 de Mayo de 1875 se adicionó con otra ley sobre policía de las construcciones; en el de Génève rige la ley de 18 de Mayo de 1887, y en el de Valais la de 1.º de Diciembre del mismo año.

En Hungría se dieron en 1868 dos leyes de Expropiación: una general, y otra muy diferente para Buda-Pesth: más tarde, en 29 de Mayo de 1881, se dió la que lleva el núm. 41, estableciendo el mismo derecho y borrando toda diferencia entre Buda-Pesth y el resto del país. La

Digitized by Google

de 24 de Mayo del mismo año (núm. 39) se aplica sólo á los monumentos de arte.

Rusia dió su ley expropiadora en 7-19 de Junio de 1833, la cual sanciona tal respeto á la propiedad, que solamente por *necesidad pública* IMPRESCINDIBLE puede decretarse la expropiación.

Dado el régimen político del Imperio de los Czares, no extrañará que la autoridad soberana intervenga hasta en los menores detalles, por lo cual aquella ley peca de casuista. El decreto de 14 de Abril de 1887 rige en materia de indemnización.

En Bélgica se aplicaron las leyes francesas de 1807 y 1810, de que hemos hecho mérito. En 17 de Abril de 1835 se dictó una ley modificando en su título único los 3.º y 4.º de la ley de 1810, para que estuviese en armonía con lo preceptuado en el art. 11 de la ley de la Constitución de 1831; los títulos 1.º y 2.º de la ley de 1810, únicos que estaban vigentes en Bélgica, fueron derogados por la ley de 27 de Mayo de 1870. Menos importantes son la ley de 2 de Mayo de 1837 sobre minas; la de 10 de Abril de 1841 sobre caminos vecinales; la de 15 de Abril de 1843 sobre los caminos de hierro, y otras muchas.

Es de 1.º de Julio de 1858 la ley referente á expropiación para el saneamiento de los barrios insalubres, que luego fué preciso modificar en sus arts. 1.º, 2.º y 9.º por la ley de 15 de Noviembre de 1867, dándoles más amplitud, hasta conceder la expropiación para hacer mejoras, no sólo de salubridad, sino de ornato público.

En Dinamarca se dió en 12 de Abril de 1889 una ley sobre expropiación en provecho de los caminos de hierro; en Grecia se rige el pago de las indemnizaciones por una ley de 1888, y en Colombia está vigente la ley de 18 de Noviembre de 1890.

***

El Sr. Tort y Martorell ha expuesto con extensión los precedentes de la ley expropiadora hoy vigente, razón por la cual hemos de transcribir parte del fruto de sus investigaciones, sin pretender atribuirnos un trabajo que no hemos emprendido fiando en su escrupulosidad. El *Anuario de Legislación extranjera*, en el tomo correspondiente á 1879, inserta, como prólogo á la ley de 10 de Enero de aquel año, un hermoso trabajo de Mr. Barbe sobre el mismo asunto.

A estas dos notables obras nos atendremos en parte para la labor que hemos de emprender de apuntar las vicisitudes por que la expropiación forzosa ha pasado en nuestra patria hasta 1879; desde esta fecha hemos continuado por cuenta propia el estudio de nuestra legislación.

Digitized by Google

El Fuero Juzgo no inserta ley alguna que á nuestro objeto se refiera, sino es la 5.ª, tít. 1.º del libro 2.º, que consagra el respeto que á la propiedad se debe.

Dos leyes de Partidas, la 2.ª, tít. 1.º, Partida 2.ª, y 31, tít. 18, Partida 3.ª, son las primeras que reconocen la legitimidad de la expropiación forzosa. La primeramente citada se expresa de esta manera: «Otrosí decimos, que cuando el Emperador quisiere tomar heredamiento ó alguna cosa á algunos, para sí ó darla á otros, como quier que él sea señor de todos los del imperio para ampararlos de fuerza é para mantenerlos en justicia, con todo eso non puede él tomar á ninguno lo suyo sin su placer, si non ficiese tal cosa, porque lo debiese perder según ley. Y si por aventura jelo oviese á tomar por razon que el Emperador oviese menester de facer alguna cosa *en ello, que se tornase á procomunal de la tierra,* tenudo es por derecho de le dar ante buen cambio que vala tanto ó más de guisa que él finque pagado á bien vista de omes buenos.»

La indicada en segundo lugar, ó sea la ley 31, tít. 18, Partida 3.ª, dice así: «Contra derecho natural, non deve dar privilegio nin carta, Emperador nin Rey ni otro Señor. E si la diere, non debe valer, é contra derecho natural sería, si diesen por privillejo las cosas de un ome á otro, non aviendo fecho cosa porque las deviese perder aquel cuyas eran. Fueras ende si el Rey las oviese menester, por facer dellas ó en ellas alguna labor ó alguna cosa, que fuese á *procomunal del Reino;* así como si fuese alguna heredad, en que oviesen á facer castillo ó torre, ó puente, ó alguna otra cosa semejante destas, que tomase á pro ó comparamiento de todos ó de algún lugar señaladamente. Pero esto deven facer en una destas dos maneras: dándose cambio por ello primeramente, ó comprándogelo según que valiere.» Su simple lectura nos muestra que los ilustres redactores del Código alfonsino reconocieron, no solamente el principio de la expropiación, sino los requisitos que para llevarla á cabo eran precisos.

El Sr. Tort cita una porción de leyes de la Novísima Recopilación que más ó menos directamente se refieren á expropiación forzosa, como las que tienen los números 2.º, 14, 22 y 24 del tít. 24, libro 7.º, relativas la mayoría de ellas á la propiedad forestal, que por su escasa importancia renunciamos á transcribirlas, remitiendo á quien desee conocerlas á la obra citada, págs. 40 y 41.

No tienen más interés la pragmática de Felipe II de 20 de Agosto de 1564, inserta en la Novísima Recopilación, ley 1.ª, tít. 19, libro 9.º, ni las restantes relativas á minas, ornato de la corte y sus calles, insertas en el mismo cuerpo legal, por lo que tampoco las copiaremos ni extractaremos.

Digitized by Google

Estas someras indicaciones son, á nuestro juicio, bastantes para dar una idea de lo que la expropiación forzosa fué hasta el período constitucional.

La proclamación por la Revolución francesa de los derechos del individuo, hizo que este factor, hasta entonces desconocido ú olvidado, fuese lo suficientemente importante para ponerse frente á frente de los derechos del Estado, y hubo que pensar en la justa ponderación de los elementos social é individual, que en el orden de la propiedad dió por resultado la expropiación forzosa, reconocida como principio y desenvuelta hasta sus últimas consecuencias; la existencia, en fin, de las leyes expropiadoras, cuya historia en España comenzamos desde este momento.

La primera tiene la fecha de 17 de Julio de 1836; inspirada en la legislación francesa de 1810, consagra el principio de que no se puede obligar á la cesión de la propiedad, sin que antes haya sido la obra que exige tal cesión declarada de utilidad pública; juzga también, siguiendo la ley francesa, preciso que se haga constar que el todo ó parte de la finca es necesario para la ejecución de la obra pública, así como que preceda el justiprecio y pago á la toma de posesión del fundo.

Según dice Mr. Barbe, estos principios son excelentes, pero desgraciadamente la ley no responde siempre á ellos, y con sus vacíos y omisiones produjo verdaderas dificultades en la práctica.

Por lo demás, la ley de 1836 se aparta de la francesa de 1810, como hace notar el Sr. Tort, en que aquélla prescindía casi completamente de la autoridad judicial, siguiendo el que llamaremos sistema administrativo.

Las omisiones de la ley de 1836, en lo que se refiere á ocupaciones temporales, se procuraron llenar con la Real orden de 19 de Septiembre de 1845, refundida en el Real decreto de 10 de Octubre de 1845, que juntamente con la Real orden de 1.º de Mayo de 1848 regularon aquella importante materia.

De 25 de Enero de 1853 es una instrucción reglamentando los expedientes de justiprecio ó tasación de los inmuebles que hayan de ser expropiados.

Muy importante es el Reglamento de 27 de Julio de 1853, que además de desenvolver los preceptos de la ley de 1836, regularizó las materias referentes á extracción, y aprovechamiento de materiales y ocupaciones temporales, viniendo á la vez á refundir todas las disposiciones anteriores.

Graves dificultades surgieron en la aplicación de estas disposiciones. Fijábase en una cantidad excesiva la indemnización y lo que se

Digitized by Google

pagaba por las expropiaciones parciales, y para evitar éste y otros defectos, al querer ensanchar la Puerta del Sol, fué necesario dar una ley especial, la de 28 de Junio de 1857, declarando de utilidad pública aquella obra. La Real orden de 9 de Enero de 1858 fijó las bases para las indemnizaciones que debían concederse á los industriales establecidos en los edificios que habían de derribarse.

En 29 de Junio de 1864 se dió una ley general de ensanche de las poblaciones, respondiendo á la necesidad que la ley de 1857 satisfizo para un caso especial. Concedió algunas mayores facilidades para la ejecución de obras tan indispensables, al promover la cesión gratuita de los terrenos viables á los Ayuntamientos, condonando á los dueños la contribución y recargos, etc.

Tiene fecha de 12 de Agosto un decreto-ley, cuyo objeto fué desarrollar las disposiciones de la ley fundamental de 1869, que en su artículo 13 dice que nadie podrá ser privado temporal ó perpetuamente de sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de sentencia judicial, y en el art. 14 declara que «nadie podrá ser expropiado de sus bienes, sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el Juez con intervención del interesado.»

En 7 de Octubre de 1869 presentó á las Cortes Constituyentes el entonces Ministro de Fomento D. José Echegaray un Proyecto de ley, que consta de cinco títulos y disposiciones finales, que se dividen en 44 artículos, que la Comisión nombrada al efecto, compuesta de los señores D. Fermín Lasala, Presidente; D. Joaquín García Briz, D. Rafael Prieto y Caules, D. Justo Tomás Delgado, D. Rafael Coronel y Ortiz y D. Trinitario Ruiz y Capdepón, Secretario, juzgó oportuno ampliar y modificar un tanto, apareciendo en el dictamen, fechado en 13 de Junio de 1870, 52 artículos. Los acontecimientos políticos de aquel entonces, por nadie olvidados, hicieron que aquel Proyecto no llegase á votarse; esto no obstante, por la importancia que reviste y el sistema que desenvuelve, hemos de citarle oportunamente.

En 22 de Abril de 1873 se dió un decreto por el Ministerio de Fomento nombrando una Comisión encargada de redactar otro nuevo proyecto, que no sabemos se formulase.

El art. 10 de la Constitución vigente preceptúa lo siguiente: «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediera este requisito, los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en su posesión al expropiado.»

Necesario fué, para poner en consonancia el proyecto constitucio-

Digitized by Google

nal con la legislación orgánica sobre expropiación, que fuese derogado el decreto-ley de 12 de Agosto de 1869, á cuyo fin se dictó el Real decreto de 3 de Febrero de 1877, por el que se daba nueva vigencia á la legislación anterior á la Revolución de 1868.

De 22 de Diciembre de 1876 es la ley sobre ensanche de poblaciones, y de 19 de Febrero de 1877 el reglamento para su aplicación, que modificaron la antigua legislación sobre este punto. Por medio de un artículo transitorio dispuso que: «Los artículos 11, 12 y 13 de esta ley regirán respecto de las expropiaciones de solares y edificios que se llevan á cabo en el interior de las poblaciones, mientras no se haga una ley especial de expropiación.»

La ley de Obras públicas de 13 de Abril de 1877 tiene un capítulo relativo á la declaración de utilidad pública; es, en fin, precedente de la ley expropiadora vigente la proposición de ley del Sr. Clavijo, de 19 de Junio de 1878, relativa á la apertura de tres calles en Málaga, acerca de la cual presentó dictamen la Comisión en 9 de Julio del mismo año y fué ley en 23 del mismo mes y año.

La ley vigente que en este trabajo debemos cuidadosamente examinar tiene la fecha de 10 de Enero de 1879, y el Reglamento general para su aplicación la de 13 de Junio del mismo año, que con el de 10 de Marzo de 1881, referente á la aplicación de la ley de 1879 al ramo de Guerra en tiempo de paz, y el de 19 de Febrero de 1891, que regula la aplicación de la misma ley al ramo de Marina, forman nuestra legislación actual.

En 4 de Mayo de 1882, los Sres. Moret, Balaguer y Canalejas presentaron en el Congreso una proposición de ley pidiendo que «los inquilinos, arrendatarios y ocupantes de inmuebles, que fueron objeto de la expropiación por causa de utilidad pública, tendrán derecho á la indemnización de perjuicios señalada en la ley de 19 de Diciembre de 1878, por los que pudieran seguírseles, tanto en su industria como en su comercio, con ocasión de traslación de sitio ó transformación de sus procedimientos industriales.» Esta proposición tan justa no llegó á ser ley.

El Ministro de Fomento Sr. D. José Luis Albareda presentó á las Cortes un Proyecto de ley en 15 de Junio de 1882, reformando el artículo 58 de la de 1879, en el sentido de que la referencia que en él se hace al art. 10 con indudable error se entienda hecha al 18. En 22 de Junio de 1882 emitió dictamen la Comisión conforme con lo propuesto por el Ministro, que fué ley en 4 de Agosto del mismo año.

Proyecto del Sr. Montero Ríos.—Siendo este ilustre hombre público Ministro de Fomento, en 2 de Julio de 1886 presentó un Proyecto de ley de Expropiación muy digno de ser notado. Está precedido de un

Digitized by Google

preámbulo, en el que consigna que la opinión ansía un estado de derecho en que se equilibren los derechos del dueño y el interés social, no menos legítimo cuando tiene por objeto la necesidad ó al menos la utilidad general, por lo cual conviene tomar la experiencia de los países de Europa para no dejarse arrastrar por un individualismo absoluto é incompatible con el estado social del hombre, ni tampoco dejarse seducir por las magnificencias de un socialismo burocrático.

Tiene el proyecto del Sr. Montero Ríos el defecto de querer quitar la expropiación por zonas, que tan importante es para el desarrollo de las grandes capitales.

Consígnase en él que el propietario recibiría por su finca, no solamente el valor de ella, sino los perjuicios que se le irroguen por la forzosa transformación de su haber, si bien deduciendo de esta suma los beneficios que de la obra proyectada había de sacar.

Según el proyecto del Sr. Montero Ríos, las personas que tengan algún derecho real sobre la finca expropiada recibirán una parte justa de la indemnización. Se mantienen los cuatro períodos del expediente como preceptúa nuestra legislación. Respecto á tasaciones, se rechaza la intervención de peritos, mandando se tengan en cuenta los datos que resulten de los amillaramientos.

Es una particularidad notable, que cuando el dueño ó poseedor de la finca haya dejado de satisfacer en la proporción debida las contribuciones que le correspondan, el juez retendrá del precio la cantidad que la Hacienda haya dejado de percibir indebidamente.

Los Sres. Rózpide, Azcárate, Silvela, Rosell, Maura y Moret, presentaron en 17 de Marzo de 1890 una proposición de ley reformando el art. 29 de la ley de 1879. La comisión en su razonado dictamen dice que no era suficiente modificar aquel artículo, sino que propuso en 7 de Junio de 1890 que se ampliase la reforma á los artículos 25, 29, 36 49 y 50.

El Sr. Isasa siendo Ministro de Fomento presentó otro Proyecto de Expropiación forzosa en 30 de Junio de 1891. Ofrece la novedad de suprimir el segundo período del expediente ó sea el relativo á la necesidad de la ocupación del inmueble, que considera innecesario. Siguiendo lo que decía el Proyecto de 1886 presentado por el Sr. Montero Ríos, reconoce la necesidad de citar á todos los que ostentan algún derecho real sobre el inmueble objeto de la expropiación, adoptando precauciones para evitar que esto se convierta en obstáculo á la marcha del expediente. Aparte de alguna modificación en lo relativo á justiprecio, ofrece el Proyecto de ley de 1891 la notable de eliminar todo lo relativo á expropiaciones urbanas, al objeto de ensanchar y mejorar las grandes poblaciones.

Digitized by Google

Estas y otras novedades pretendía el Sr. Isasa introducir en la ley expropiadora. Realmente se impone la necesidad de modificar en ella los muchos puntos que la experiencia aconseja cambiar. Los proyectos, proposiciones, y aun leyes que después de 1879 se han promulgado, prueban esta verdad. En el estudio crítico que de nuestra ley expropiadora hemos de hacer, cuidaremos de apuntar los defectos que en ella encontremos; si nuestros pobres trabajos contribuyen en algo á cambiar nuestro estado de derecho en la materia de expropiación forzosa, acercándola á lo que la filosofía del derecho enseña y las necesidades actuales demandan, se habrán colmado con exceso nuestros deseos.

Las leyes y reglamentos que hemos indicado no son todo el derecho positivo referente á expropiación forzosa; hay que tener en cuenta otras disposiciones. Es la primera el art. 10 de la Constitución del Estado, del que ya hemos hecho mérito en su lugar oportuno. El art. 228 del Código penal castiga «al funcionario público que expropiare de sus bienes á un ciudadano ó extranjero, á no ser con los requisitos prevenidos por las leyes, con las penas de suspensión en sus grados medio y mínimo, y multa de 250 á 2.500 pesetas. En la misma pena incurrirá el que le perturbare en la posesión de sus bienes, á no ser en virtud de mandato judicial».

El Código civil, en su art. 349, reproduce el precepto de la ley fundamental, con la diferencia de omitir las palabras «no se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes», y en el art. 1456 dice que «la enajenación forzosa por causa de utilidad pública se regirá por lo que establezcan las leyes especiales».

CAPÍTULO SEGUNDO

Título 1.° de la ley.—Disposiciones complementarias.—Cuestiones críticas que respecto de él se suscitan.

La gran importancia que tiene el tít. 1.° de la ley expropiadora, nos mueve á copiarle íntegro, así como todas las disposiciones que lo explican ó complementan. Hé aquí todos estos preceptos.

Digitized by Google

Ley de 10 de Enero de 1879 sobre expropiación por utilidad pública.

TÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.º La expropiación forzosa por causa de utilidad pública, que autoriza el art. 10 de la Constitución, no podrá llevarse á efecto, respecto á la propiedad inmueble, sino con arreglo á las prescripciones de la presente ley.

Art. 2.º Serán obras de utilidad pública las que tengan por objeto directo proporcionar al Estado, á una ó más provincias, ó á uno ó más pueblos, cualesquiera usos ó mejoras que cedan en bien general, ya sean ejecutadas por cuenta del Estado, de las provincias ó de los pueblos, ya por Compañías ó Empresas particulares debidamente autorizadas.

Art. 3.º No podrá tener efecto la expropiación á que se refiere el artículo 1.º, sin que precedan los requisitos siguientes:

Primero. Declaración de utilidad pública.

Segundo. Declaración de que su ejecución exige indispensablemente el todo ó parte del inmueble que se pretende expropiar.

Tercero. Justiprecio de lo que se haya de enajenar ó ceder.

Cuarto. Pago del precio que representa la indemnización de lo que forzosamente se enajena ó cede.

Art. 4.º Todo el que sea privado de su propiedad sin que se hayan llenado los requisitos expresados en el artículo anterior, podrá utilizar los interdictos de retener y recobrar para que los Jueces amparen, y en su caso, reintegren en la posesión al indebidamente expropiado (1).

---

(1) El acto de introducir ganados en una finca destruyendo las lindes, perturba la posesión y cae dentro de lo dispuesto en el art. 228 del Código penal (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala segunda, de 15 de Noviembre de 1877; *Gaceta* de 27 de Enero de 1878). Igual ocurre con el acto de apoderarse un contratista de la piedra amontonada en una heredad, sin formar expediente de expropiación (Real decreto de 7 de Diciembre de 1890, *Gaceta* de 20 de Diciembre).

Procede el interdicto en todo acto que de algún modo perturbe la posesión, sin haber precedido expediente cumpliendo todos los requisitos que el art. 3.º enumera. Si han concurrido todos, no procede su interposición; si falta uno solo, es admisible el interdicto (Reales decretos de 19 de Septiem-

Digitized by Google

Art. 5.º Las diligencias de expropiación se entenderán con las personas que con referencia al Registro de propiedad ó al padrón de riqueza aparezcan como dueños ó que tengan inscrita la posesión.

Si por su edad ó por otra circunstancia estuviese incapacitado para contratar el propietario de un terreno, y no tuviese curador ú otra persona que le represente, ó la propiedad fuese litigiosa, las diligencias se entenderán con el Promotor fiscal, que podrá hacer válidamente en su nombre cuanto se expresa en el artículo anterior.

Cuando no sea conocido el propietario de un terreno, ó se ignore su paradero, se publicará en el *Boletín Oficial* de la provincia y en la *Gaceta de Madrid* el acuerdo ó decreto relativo á la expropiación de la finca. Si nada expusiese dentro del término de cincuenta días, por sí ó por persona debidamente autorizada, se entenderá que consiente en que el Ministerio fiscal sea su representante en las diligencias de expropiación (1).

Art. 6.º Todos los que no puedan enajenar los bienes que administran sin el permiso de la Autoridad judicial, quedan autorizados para verificarlo en los casos que indica la presente ley, sin perjuicio de asegurar, con arreglo á derecho, las cantidades que reciban á consecuencia de la enajenación en favor de menores ó representados. En ningún caso les serán entregadas dichas cantidades, que se depositarán siempre á disposición de la Autoridad judicial que corresponda (2).

Art. 7.º Las traslaciones de dominio, cualquiera que sea el título

---

bre de 1881, *Gacetas* de 5 y 6 de Octubre; Real decreto de 9 de Julio de 1879, *Gaceta* de 2 de Agosto; id. de 30 de Marzo de 1880, *Gaceta* de 3 de Abril; id. de 20 de Enero de 1883, *Gaceta* de 9 de Febrero; id. de 20 de Enero de 1883, *Gaceta* de 9 de Febrero; id. de 20 de Enero de 1883, *Gaceta* de 24 de Febrero; id. de 8 de Enero de 1884, *Gaceta* de 14; id. de 5 de Octubre de 1884, *Gaceta* de 27; id. de 16 de Mayo de 1886, *Gaceta* de 27 de Junio; id. de 11 de Julio de 1886, *Gaceta* de 7 de Agosto; id. de 11 de Julio de 1886, *Gaceta* de 9 Agosto; id. de 6 de Marzo de 1886, *Gaceta* de 21; id. de 25 de Diciembre de 1886, *Gaceta* de 2 de Enero de 1887; id. de 29 de Agosto de 1887, *Gaceta* de 10 de Septiembre; id. de 11 de Febrero de 1887, *Gaceta* de 15; id. de 14 de Febrero de 1888, *Gaceta* de 25; id. de 4 de Mayo de 1889, *Gaceta* de 25; id. de 24 de Febrero de 1890, *Gaceta* de 4 de Marzo.

(1) No solamente los dueños, sino los usufructuarios, han de intervenir en los expedientes de expropiación (Real orden de 12 de Marzo de 1890, *Gaceta* de 10 de Abril). Respecto á los terrenos del Estado, no procede expropiación, sino concesión (Sentencia de 4 de Julio de 1889, *Gacetas* de 6 y 12 de Septiembre de 1890).

(2) Respecto á los bienes comunales, no corresponde al Estado ninguna intervención por lo que á su venta para los fines de la ley de 1879 se refiere, siendo todo esto de la competencia del Ayuntamiento (Resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 24 de Enero de 1889, *Gaceta* de 21 de Marzo).

Digitized by Google

que las produzca, no impedían la continuación de los expedientes de expropiación, considerándose el nuevo dueño subrrogado en las obligaciones y derechos del anterior (1).

Art. 8.º Las rentas y contribuciones correspondientes á los bienes que se expropien para obras de utilidad pública, se admitirán durante el año siguiente á la fecha de la enajenación como prueba de la aptitud legal del expropiado para el ejercicio de los derechos que puedan corresponderle.

Art. 9.º Los concesionarios y contratistas de obras públicas á quienes se autorice competentemente para obtener la enajenación, ocupación temporal ó aprovechamiento de materiales, en los términos que esta ley autoriza, se subrrogarán en todas las obligaciones y derechos de la administración para los efectos de la presente ley.

***

El Reglamento general de 1879 comienza tratando de los expedientes sobre declaración de utilidad pública, que corresponde con el título 2.º, sección 1.ª de la ley, y nada dice para desenvolver los preceptos que acabamos de citar. Pasaremos, pues, á los del

Reglamento de 10 de Marzo de 1881, referente á la aplicación al ramo de Guerra en tiempo de paz de la ley de 10 de Enero de 1879, sobre expropiación forzosa.

CAPÍTULO PRIMERO

CASOS DE EXPROPIACIÓN POR EL RAMO DE GUERRA

Artículo 1.º En virtud de lo que se dispone en el art. 2.º de la ley de Expropiación forzosa de 10 de Enero de 1879, habrá lugar á la expropiación:

1.º De los terrenos necesarios para el establecimiento de nuevas plazas de guerra terrestres y marítimas, fuertes, baterías de costa y demás obras que constituyan el sistema de defensa del Reino.

---

(1) A la expropiación forzosa no afecta la evicción; si, pues, el vendedor de una finca solicita una indemnización, no puede esto achacarse á la Administración (Real decreto-sentencia de 15 de Junio de 1878, *Gaceta* de 15 de Septiembre).

Verificada expropiación de parte de una finca, el nuevo propietario de ella no puede invocar otros derechos que los concedidos á su causante (Real decreto de 31 de Marzo de 1884, *Gaceta* de 15 de Abril).

Digitized by Google

2.º De los que sean precisos para el aumento de defensa y mejora de las plazas fuertes ú obras de fortificación existentes.

3.º De los terrenos necesarios para abrir los caminos que en cada plaza ó punto fortificado sean precisos para que se comuniquen entre sí y con el recinto principal las obras avanzadas.

4.º De los que se hallen comprendidos dentro de las zonas militares exteriores é interiores de las fortificaciones existentes ó que se construyan de nuevo.

5.º De los edificios, establecimientos y construcciones de cualquier especie, situados en los terrenos que deben expropiarse, por hallarse comprendidos en los casos 1.º, 2.º y 3.º expresados.

6.º De las construcciones y plantaciones de cualquier género que, hallándose comprendidas en las zonas militares exteriores ó interiores de las fortificaciones, no tengan las condiciones con que puedan permitirse su existencia, según lo dispuesto ó lo que en adelante se disponga sobre zonas.

7.º De los terrenos, edificios y cualquiera otra propiedad, necesarias para las líneas telegráficas ó de ferrocarriles que se dispongan, con objeto de que contribuyan á la defensa del país.

8.º De los terrenos, edificios y demás propiedades que se necesiten, sea en el interior ó al exterior de las plazas de guerra, capitales de provincia ó cualquiera otro punto de acuartelamiento de tropas, para el establecimiento de cuarteles, hospitales, almacenes, repuestos ú otras dependencias del ramo de Guerra.

9.º De los que en las plazas fuertes ú otros puntos en que haya tropas acuarteladas, sean necesarios para cuerpos permanentes de instrucción.

Art. 2.º Los dueños de aquellas construcciones, obras y plantaciones que deban expropiarse por estar comprendidas en el núm. 6.º del artículo anterior, tendrán derecho á indemnización sólo cuando prueben que tales construcciones, obras ó plantaciones existían antes que las fortificaciones, en cuya zona se hallen, ó antes de que se estableciesen las servidumbres en las zonas militares por las ordenanzas y reglamentos, exceptuándose siempre de la indemnización las obras y plantaciones que para aumentar ó mejorar las propiedades hubiesen hecho con posterioridad á dichas fortificaciones y servidumbres los propietarios.

Copiados los artículos anteriores del Reglamento para el ramo de Guerra, hagamos lo propio con los del

Digitized by Google

Reglamento de 19 de Febrero de 1891, referente á la aplicación al ramo de Marina en tiempo de paz de la ley de 10 de Enero de 1891, sobre expropiación forzosa.

CAPÍTULO PRIMERO

CASOS DE LA EXPROPIACIÓN POR LA MARINA

Artículo 1.º En virtud de lo que se dispone en el art. 2.º de la ley de 10 de Enero de 1879, habrá lugar á la expropiación forzosa:

1.º De los terrenos necesarios para el establecimiento de arsenales, astilleros, varaderos, diques, muelles, fábricas, talleres y almacenes para el servicio de la Marina militar.

2.º De los necesarios para modificar y mejorar el régimen de los puertos y arsenales militares, ó para obras complementarias ó auxiliares de las que ya existen para el servicio de la Marina.

3.º De los necesarios para la construcción de baterías y puestos fortificados, ó para aumentar y completar la defensa de los arsenales, astilleros y establecimientos que tenga la Marina militar á su exclusivo cargo.

4.º De los que convenga ocupar con estaciones de torpedos.

5.º De los necesarios para abrir canales interiores que den paso á los buques de guerra ó para la construcción de caminos rápidos y seguros entre cada arsenal ó establecimiento militar de la Marina y los puertos próximos fortificados ó las vías generales de comunicación.

6.º De los necesarios para la instalación, fomento y desarrollo de pesquerías, parques de piscicultura y demás industrias marítimas, para cuyo establecimiento y disfrute deba preceder con arreglo á las leyes la concesión del Ministerio de Marina.

7.º De los edificios, construcciones, servidumbres, plantaciones y explotaciones de cualquier especie situados en los terrenos comprendidos en los casos anteriores.

8.º De los terrenos necesarios para el establecimiento de cuarteles, hospitales y campos de instrucción para las tropas de Marina y para abrir caminos y vías de comunicación que á ellos conduzcan, así como de los edificios, construcciones, plantaciones y explotaciones de cualquier especie que en dichos terrenos existan.

9.º De los necesarios para establecimientos de líneas y estaciones telegráficas ó telefónicas para el servicio militar de Marina.

Art. 2.º Los poseedores de edificios, construcciones, plantaciones ó explotaciones de cualquier especie situadas dentro de la zona marí-

Digitized by Google

tima terrestre, en virtud de concesiones otorgadas con carácter permanente y que deban expropiarse por estar comprendidos en los puntos 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, 7.º y 8.º del art. 1.º, sólo tendrán derecho á ser indemnizados del valor material de las obras y mejoras ejecutadas sobre dichos terrenos, conforme á lo que dispone el art. 5.º de la vigente ley de Puertos.

No tendrán derecho á indemnización de ninguna clase los que hubieren sido autorizados para edificar, construir ó utilizar los terrenos situados dentro de la zona marítima con cualquier otro aprovechamiento, si las concesiones ó autorizaciones que al efecto obtuvieron contienen la cláusula de dejarlos libres y desembarazados, cuando fuesen necesarios para el servicio público ó de la Marina militar.

Art. 3.º Los poseedores de edificios, construcciones, plantaciones y explotaciones de cualquiera especie situados dentro de la zona marítimo-terrestre, en virtud de concesiones otorgadas con carácter temporal y que deban expropiarse por estar comprendidos en los puntos 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º del art. 1.º, sólo dispondrán libremente de los materiales empleados, sin derecho á indemnización, con arreglo á lo que dispone el art. 41 de la vigente ley de Puertos.

(Continuará.)

JOSÉ M. DE SOTO Y AEDID

Digitized by Google

PROCEDIMIENTO CIVIL DE ESPAÑA

ENSAYOS SOBRE SUS REFORMAS *

SECCION... (1)

Modo de proceder en las particiones judiciales.

«Art. ... Cuando por falta de conformidad, ó por precepto expreso de la ley, hayan de practicarse las particiones judicialmente, los interesados, en la primera junta que celebren, después de terminado el inventario en forma, deberán ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de uno ó tres Contadores que procedan á las operaciones divisorias del caudal. Si no hubiere acuerdo respecto al número ó á las personas, el Juez fijará aquel y hará la designación de éstas como para el nombramiento de peritos.

»Art. ... El Contador ó Contadores electos, previa la aceptación y juramento de desempeñar el cargo bien y lealmente, recibirán los autos y documentos que necesiten para la práctica de todas las operaciones en el término fijado por el Juez, y que será el racionalmente necesario, teniendo en consideración la importancia y dificultades propias del asunto.

---

* Véanse las páginas 597 del tomo 76; 25, 244 y 550 del 77; 81, 138, 464 del 78; 569 del 79; 119 y 333 del 80 y 158 del 81.

(1) Tan radical fué la reforma, que al hacer la segunda revisión del anteproyecto, hubo de renunciarse á ajustar el articulado y división en Secciones al de la ley vigente.

Digitized by Google

»Si no tuvieren conocimientos suficientes, podrán los Contadores nombrar uno ó más peritos y requerir el auxilio de cualquier persona competente, aunque sea participe en la operación, valiéndose para ello del portero ó alguacil del Juzgado respectivo, los cuales practicarán las citaciones y demás diligencias análogas que aquéllos les encomienden al efecto.

»Art. ... Las operaciones divisorias comprenderán:

»1.º Relación de los bienes que formen el caudal divisible, determinando el activo y pasivo con toda exactitud en la forma prevenida para los inventarios.

»2.º Avalúo de todos los comprendidos en la relación.

»3.º División y formación de lotes, determinando sólo el que haya de adjudicarse á cada uno de los herederos ó legatarios cuando lo sean en cuotas desiguales ó cosas determinadas (1).

»Art. ... En cumplimiento de lo dispuesto en el núm. 3.º del precedente artículo, el Contador ó Contadores, además de lo prevenido en el Código civil, se atendrán á las reglas siguientes (2):

»1.ª Para el usufructo del cónyugo que sobreviva, se le adjudicará una cuota igual á la menor que corresponda á cada uno de los hijos, sean ó no de anteriores consorcios, procurando se incluya en ella, si cupieren, la casa conyugal con sus dependencias y las fincas rústicas cultivadas y aprovechadas hasta el fallecimiento del causante (3).

»2.ª Se entenderá que desmereco mucho una finca rústica,

---

(1) Este precepto, introducido en nuestra práctica, principalmente en las particiones extrajudiciales, fué ya aceptado por los Códigos francés, los italianos, etc.

(2) Más que procedimiento, este artículo tuvo por objeto resolver ciertas dudas de carácter general, suscitadas con motivo del planteamiento del Código civil, ya por las Memorias que elevaron los Tribunales y algunos otros funcionarios en Enero de 1890, ya por ciertos tratadistas.

(3) Artículos 834 y siguientes del Código civil.

Digitized by Google

y, por tanto, no procederá su división (1), cuando la cabida que toque á cada partícipe sea inferior á una hectárea; en este caso darán cuenta al administrador para que proceda á su venta con arreglo á lo prevenido en la *Sección* siguiente.

»3.ª Siempre que deba procederse á la división en partes de una finca urbana, ó de una rústica menor de diez hectáreas, en las declaraciones finales establecerán que cualquiera de los partícipes puede exigir de los demás, ó que le compren su porción por el precio de la tasación, si no convinieren en otro inferior, ó que se venda el predio en pública subasta con sujeción á lo prescrito para la Administración (2).

»4.ª A los herederos por derecho de representación, adjudicarán desde luego á cada uno su parte, sin dejarlo para ulteriores operaciones (3).

»5.ª La nuda propiedad de los bienes adjudicados á otras personas en virtud del derecho al usufructo, uso ó habitación de los mismos, también se partirá entre los llamados á ella, salvo cuando, por virtud de lo prescrito en la última disposición, no pudieran aún determinarse (4).

»6.ª Si hubiere un hijo adoptivo con promesa de heredar, consignada en la escritura de adopción, y sin embargo, no apareciera declaración alguna testamentaria en cuanto al mismo, ni otras procedentes del adoptante contrariando lo dispuesto en esta regla, sólo le considerarán como heredero en defecto de hijos naturales reconocidos y de las demás personas

---

(1) Se determina el alcance del art. 1062 del Código civil, que, claro está, debe cumplirse con toda preferencia.

(2) Amplíase la disposición citada en la nota precedente.

(3) Tienden esta regla y la siguiente á que la partición se haga por completo y no queden cabos sueltos, pretextando la existencia de otras operaciones de un causante, cuya representación tengan sus hijos ó nietos, etc.

(4) Por ejemplo, si el testador designara como herederos en la nuda propiedad á los parientes de tal ó cual grado que vivieran al cesar el usufructo, etc.

Digitized by Google

con preferente derecho á éstos en la sucesión intestada, según el Código civil (1).

»7.ª En los supuestos consignarán que las cuestiones que puedan surgir entre los coherederos parientes, deberá resolverlas el consejo de familia, constituído en la misma forma prevenida para los menores y con los recursos que procedan por razón de la cuantía (2).

»Art. ... »Si los Contadores designados fueren tres, y hubiere discordia, se resolverá entre los mismos en la forma prevenida para la de las sentencias (3), á fin de que el proyecto de partición que presenten sea uno solo.

»Art. ... Redactado el proyecto, los Contadores harán saber á los interesados que pueden examinarlo por término de veinte días, durante los cuales estará de manifiesto en cualquier Secretaría judicial ó Notaría, ó en otro local de fácil acceso designado por aquéllos.

»En ese término podrán sacar los extractos oportunos y ha-

---

(1) Preterido el hijo adoptivo en la sucesión intestada, era preciso determinar los derechos que le asisten, cuando nada induzca á creer que el adoptante quiso anular la cláusula puesta en contrario en la escritura de adopción; resulta armonizado el art. 177 del Código civil con los referentes á la sucesión intestada.

(2) No hay consejo de familia sin tutela; pero ¿qué mejor arbitraje podrá elegirse en estos casos?

(3) Revisada la reforma parcial de la ley hecha por encargo que la Sección recibió del Sr. López Puigcerver, se creyó necesario suprimir las discordias, al menos para los efectos del procedimiento, y así hubo de redactarse el siguiente:

Art.... Cuando en la votación de auto definitivo ó sentencia no resultare mayoría absoluta de votos sobre alguno de los pronunciamientos de hecho ó de derecho procedentes, ó sobre la decisión que haya de dictarse, serán puestas á votación dos opiniones cualesquiera para excluir una de ellas. La no excluída será puesta de nuevo á votación con otra de las restantes al mismo efecto, y así sucesivamente hasta que, reducidas á dos, los Magistrados voten definitivamente una de ellas. (Esta disposición abandona los precedentes franceses, con ligeras variantes seguidos por nuestras leyes de enjuiciar, y acepta los del Código napolitano, art. 211, seguidos por el general italiano, 359.)

Digitized by Google

cer por escrito á los Contadores las observaciones que convengan á su derecho.

»Art... Transcurrido dicho término, se reunirán los Contadores, redactándose el proyecto definitivo ó ratificando el provisional, si á ello hubiere lugar, de todo lo que extenderán acta en papel común.

»El original, los autos y documentos que hubiesen recibido, se entregarán en la Secretaría del Juzgado dentro de cinco días.

»Art... El Secretario acusará su recibo y dará cuenta al Juez en la primera audiencia, el cual dispondrá se convoque á las partes á comparecencia, que será señalada con intervalo que exceda de ocho días y no pase de quince.

»En ella se oirán las observaciones que los interesados presentes hiciesen, admitiéndoles los documentos y demás pruebas que en apoyo de las mismas suministren, con sujeción á los trámites de los incidentes.

»Art... Terminado el período probatorio en su caso, el Juez dictará sentencia aprobando la partición, con ó sin las modificaciones que estime oportunas, y contra la que podrán ejercitarse los recursos de apelación, que se admitirá en ambos efectos, y de casación, siempre que por la cuantía del agravio alegado procedan con sujeción á las disposiciones generales» (1).

(Continuará.)

VÍCTOR COVIÁN

(1) Si fuere sobre cosa que valga menos de 250 pesetas, el Juez de primera instancia resolvería sin ulterior recurso: si no excede de los límites del juicio de menor cuantía, tampoco procedería el recurso de casación más que por quebrantamiento de forma.

Digitized by Google

CRÓNICA

Las ventas á plazos.—La costumbre de vender á plazos, semanales ó mensuales, objetos de necesidad y aun de pura comodidad y lujo, se ha extendido considerablemente por todas partes, y si ha producido benéficos resultados, ha dado lugar también á inconvenientes y abusos, contra los cuales han reclamado los perjudicados, promoviendo una agitación viva, sobre todo en Austria y Alemania, que ha sido ocasión de que se abran informaciones con el objeto de descubrir los males y de proponer los remedios adecuados para sanarlos.

La venta á plazos es una venta á crédito, hecha á persona que no lo tiene, y que, por lo mismo, está expuesta á pagar carísima la confianza que se le otorga. El vendedor, para compensar el riesgo que corre de no cobrar el precio convenido ó de tener que recobrar la cosa deteriorada ó disminuída de valor, se reserva ventajas que superan á este riesgo y que consisten en una serie de cláusulas ó cautelas insertas en el contrato impreso ó póliza, inofensivas á primera vista, pero que ocultan engaños ó sorpresas á la buena fe del comprador, que ni siquiera se fija en ellas cuando suscribe el documento.

Una de estas cláusulas es la reserva de la propiedad del objeto vendido que hace el vendedor hasta que no queda completamente pagado el precio, por manera que en realidad no se verifica un contrato de compraventa, sino un contrato de arrendamiento con la reserva y el ejercicio de todos los derechos que competen al que arrienda. Esta reserva de la propiedad puede hacer siempre rescindible la venta, y de ello se aprovechan los que especulan en esta clase de operaciones, rescindiendo el contrato apenas deja el comprador de abonar un plazo, quedándose con el objeto vendido y con las cantidades pagadas anteriormente, aunque sólo reste por pagar el último plazo.

Esta reserva de la propiedad hace que el vendedor imponga al comprador que no puede pagar y que se ve amenazado de perderlo todo, condiciones durísimas, como el aumento de precio, y en muchos contratos se encuentra pactado, en efecto, que el vendedor, en caso

Digitized by Google

de mora, goza de la alternativa de recobrar la cosa sin restituir lo pagado, ó de aumentar, de un tercio hasta la mitad, las cuotas que aún quedan por pagar.

Otra cláusula inserta con frecuencia en los contratos y también perjudicial para los compradores, es la renuncia del fuero del contrato para aceptar el del vendedor, que puede estar muy lejos, con lo cual el juicio se incoará y celebrará generalmente en rebeldía de la parte más debil y probablemente lesionada.

También se suele contener en esos documentos la renuncia á la *læsio enormis* por el precio exorbitante de la venta, la declaración de que el comprador pagará los intereses de las cuotas no satisfechas aunque no esté constituído en mora, la renuncia á toda excepción por la calidad de la cosa vendida, etc.

En cuanto al precio, ha resultado de las investigaciones practicadas en Alemania, que se eleva sobre el ordinario desde un mínimo de 76 por 100 hasta 200 por 100.

Como este sistema de compraventa se usa por lo general entre las clases obreras y pobres, que carecen de ilustración y que no pueden apreciar debidamente la importancia de las obligaciones que se imponen, se firman los contratos sin saber lo que se hace, y aun á veces se arranca la firma por medio de engaños y fraudes, siendo sólo más tarde cuando las cláusulas suscritas van saliendo de su indiferencia y presentándose en acción ante los Tribunales.

Los objetos comprados son de mala calidad; el comprador puede ser denunciado por apropiación indebida si, por ignorancia de las cláusulas suscritas, vende ó empeña la cosa que creía suya; los que ejercen esta clase de comercio no llevan una contabilidad ordenada, no toman nota escrupulosa de las cuotas cobradas, y los compradores se ven á menudo molestados por cantidades ya satisfechas; por último, no es raro que se fuguen los cobradores con las sumas cobradas, exponiendo á los compradores á tener que pagar de nuevo á sus principales.

Estudiado con amplitud el asunto en Austria y Alemania por asociaciones industriales y económicas, escritores y gobernantes, todos convienen en la necesidad de la intervención de los Poderes públicos, de la vigilancia de la Autoridad de seguridad pública, sobre los que ejercen esta clase de comercio, como se practica sobre las casas de préstamos. Ya que no conviene abolirlo, á causa de las ventajas que

Digitized by Google

puede producir, trátase de regularlo, por manera que no se cambie en instrumento inmoral y nocivo para las clases inferiores, que el Estado debe defender y cuidar.

En Austria se presentó en 1886 al Parlamento un proyecto de ley que regulaba estos contratos. En 1888, el Ministro austriaco de Comercio dictó una circular para llamar la atención de los funcionarios de policía sobre las malas artes usadas por los que especulan en las ventas á plazos. En 1890 presentó un proyecto de ley, y otro al año siguiente conforme con el primero en la mayor parte de sus disposiciones. En Alemania tuvo lugar, en 21 de Enero de este año, en el Parlamento, la primera lectura de un proyecto de ley relativo á los contratos de ventas á plazos.

Entre los remedios propuestos figura el de someter los establecimientos que venden á crédito á la vigilancia de la Autoridad, la cual podría conceder ó revocar las licencias y aprobaría los modelos de los contratos, que deberían ser claros, sencillos, no equívocos, accesibles á todas las inteligencias.

Debería prohibirse por la ley la cláusula de la reserva de la propiedad, introduciéndose, en cambio, un derecho de prenda sobre la cosa mueble, con transmisión de la posesión del vendedor al comprador.

Debería prohibirse también que, en caso de rescisión del contrato, el vendedor recobre el objeto y retenga las cuotas cobradas, las cuales, por el contrario, deben restituirse, detrayendo sólo una parte por el deterioro y por el goce del objeto.

Deberían declararse nulas las renuncias de las excepciones contra los vicios ó defectos de las cosas compradas, y las que perjudican ó limitan los derechos establecidos por la ley para la venta, así como la cláusula de la renuncia del fuero del contrato, las penas convencionales por los pagos no verificados, ó los intereses por las cuotas no satisfechas, ó su aumento, etc.

Para poner término á la especulación usuraria que se comete con las ventas á plazos, debería la Autoridad aprobar las tarifas de venta; excluir de este comercio todos los objetos de lujo, limitándolo sólo á los útiles; imponer fuertes contribuciones á los establecimientos que se consagran exclusivamente á este comercio; obligar á los agentes intermediarios á proveerse de licencias especiales, etc.

En estos conceptos se informan, sobre poco más ó menos, los proyectos de ley presentados á los Parlamentos austriaco y germánico, y

Digitized by Google

á estos conceptos tendrán que recurrir los legisladores de todos los países cuando quieran poner mano en los abusos que se cometen con el sistema de ventas á plazos, que puede prestar y presta eminentes servicios á las clases poco acomodadas, pero que lleva consigo también graves inconvenientes, que se deben evitar por medio de una sabia y prudente legislación.

***

La reproducción del manuscrito florentino de las Pandectas.—El 22 de Abril del corriente año, con motivo de las fiestas que se celebraban en Roma para festejar el aniversario del matrimonio de los Reyes de Italia, el Ministro de Instrucción pública puso en manos del Rey las 27 primeras hojas de la reproducción del manuscrito de las Pandectas que se conserva en la Biblioteca Laurenciana de la ciudad de Florencia.

Este acontecimiento, ha tiempo deseado y esperado por los amantes de la ciencia jurídica, está llamado á tener gran influencia en los progresos de la investigación de la historia del derecho romano, y de aquí la importancia que se le ha dado en Italia y en todos los países cultos.

El Ministro, en la carta con que presentó al Rey las hojas reproducidas, se complace en hacer constar que, mientras el Gran Duque de Toscana, Cosimo, negó á Filiberto y Margarita de Saboya que se enviase el precioso manuscrito algún tiempo á Turín, otro Príncipe de la Casa de Saboya remite ahora copia fiel del mismo á los hombres estudiosos de todo el mundo civilizado.

La reproducción, hecha bajo la dirección del bibliotecario Beagi, es exactísima y perfecta, mediante el método empleado, más poderoso y seguro que todos los hasta aquí usados. Papel, color, signos de vetustez, manchas, raspaduras, señales pequeñísimas de enmendadores, letras, aquí muy vivas, allá casi borradas, todo está como si fuere el original.

Y todo esto se obtiene sin que se saque el códice de su sitio, ni sufra las manos de los trabajadores más que para ajustarlo al reflejo de luz que la obra requiere, y siempre bajo la vigilancia del Director de la Laurenciana. Las negativas se obtienen en el laboratorio fotográfico anejo á la Biblioteca. La fotoincisión en cobre acerado se ejecuta en Roma; y por último, se realiza la impresión en papel especial y muy costoso, por el personal adscrito á la *Sección foto-técnica* que el

Digitized by Google

Ministro de Instrucción pública (Martini) ha agregado hace poco á la *Calcografía real.*

La segunda publicación ó impresión del manuscrito, después de la de Torelli, se hizo, no hace muchos años, fuera de Italia y con gran trabajo, bajo la dirección de Mommsen, que fué á Florencia, acompañado de otros hombres expertos y doctos, con este fin, y ahora los italianos se congratulan de ser ellos, y en su propia casa, los que hacen la tercera reproducción, en mucho superior á la de Mommsen, no sin alabar la crítica singular y la diligencia insuperable del sabio romanista alemán.

No hay necesidad de demostrar la importancia histórica y científica del libro. A juicio de Mommsen, puede considerarse como un punto alrededor del cual se despliega y gira, por decirlo así, la historia literaria del derecho en la Edad Media. Sin entrar en la discusión sobre la época del códice, el lugar en que se escribió, el uso á que se destinaba, quién lo llevó á Pisa, etc., basta recordar que el Policiano no dudó que era de la época de Justiniano, y aun obra del mismo Triboniano, para explicar la fama y la importancia del manuscrito florentino.

En cuanto á su época, Mommsen dice que es muy difícil precisarla; pero cree, sin embargo, poderla referir á los últimos años del siglo VI ó primeros del VII, como ya otros habían opinado antes, aunque ninguno lo hubiera demostrado con tanta pericia. En Pisa se conservaba el manuscrito con religioso respeto, y de allí lo tomaron los florentinos cuando la conquista de la ciudad en 1406, celebrando más la confiscación del códice que la derrota de la antigua rival. No disminuyó en Florencia la veneración con que se le miró en Pisa.

Discútese todavía si lo conoció Irnerio, y Mommsen lo sostiene Es más seguró que lo conoció Bulgaro de Pisa, que enseñó en Bolonía. Entre los glosadores, lo tuvo en estima y lo citó Hugolino. La escuela boloñesa poseyó, sin duda, manuscritos propios; pero á menudo se aprovechó del texto florentino, que sirvió para corregir y restituir muchos fragmentos.

Se puede afirmar que, en el campo de las antigüedades jurídicas y romanas, ningún monumento ó fuente supera á éste en valor. Entre otras anécdotas referentes al mismo, cuenta Savigny que Bartolo, dudoso de la lección de un fragmento invocado para una defensa ante el Tribunal, mandó, de acuerdo con otro jurisconsulto, á leer el

Digitized by Google

manuscrito florentino, lo cual lo ennobleció tanto á sus propios ojos, que adquirió la costumbre de exponerlo á los jóvenes en una de sus cuatro lecciones solemnes.

Está dividido el manuscrito en dos volúmenes, de los cuales tienen: el primero 441 hojas de texto, seguidas de otras, hasta la 448, que no son de texto; y el segundo 474, las cuales, quitadas las primeras, que no pertenecen al texto, quedan reducidas á 447. Termina el uno con el libro XXIX y con el título de *Jure codicillorum*. Comienza el otro con el libro XXX, *De legatis et fideicommisis*. La reproducción de que tratamos conservará esta división, para no separarse en nada del original.

Los defectos y las lagunas del códice, que nunca han estorbado para su fama y excelencia, han sido argumentos y medios para trazar su verdadera historia, y lo serán todavía más cuando, perfectamente reproducidos en la foto-incisión, puedan ser observados y estudiados con más comodidad y holgura por los críticos y los historiadores.

El manuscrito, pues, es verdaderamente único en su género, ora por la antigüedad; ora por la autoridad que se le atribuye universalmente; ora por las enmiendas esparcidas en sus márgenes, que prueban las múltiples comparaciones y cotejos; ora por las salvadas inscripciones de casi todas las leyes, que son imperfectas en otros manuscritos; ora, finalmente, por una admirable y rara integridad.

Por esto, como dice el ilustre romanista italiano Buonamici, de quien tomamos estas noticias y que ha sido encargado de redactar el prólogo que se agregará á la reproducción, no habrá ningún cultivador de la Historia del derecho que no la busque, ni ningún jurisconsulto verdadero que no indague en ella la expresión sincera de la doctrina romana, ni ninguna facultad ó escuela de derecho que no procure tenerla, ni ninguna biblioteca que no quiera adquirir el facsímile de este gran monumento.

El Gobierno italiano concederá los ejemplares por venta ó por suscripción, y en fascículos ó entregas. Se tardará siete años en terminar el trabajo; pero esto no importa, si no se abandona la empresa, como no se abandonará, pues en ello tiene especial y legítimo orgullo Italia y su Gobierno, que, como presente valiosísimo, entregó al Emperador de Alemania, cuando recientemente lo tuvo de huésped, un ejemplar de la parte ya reproducida.

Digitized by Google

REVISTA DE LA PRENSA JURIDICA EXTRANJERA

Observaciones sobre el principio jurídico de la pena utilitaria, por *C. Herold (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 12, números 3.º y 4.º, págs. 573 593).

El fin de la pena, de proteger á la sociedad contra el delito, ¿es bastante por sí solo para fundamentar la pena? Creo que no, aunque parto, como los que lo afirman, de que la pena existe para el hombre, que debe realizar, por tanto, un fin racional humano; que este fin no puede ser otro que el de proteger á la sociedad contra los delitos, y que el bien de la sociedad debe anteponerse incondicionalmente al del individuo. Pero deducir de esto que el fin de la pena debe justificar la pena, debe bastar para fundamentarla, sólo estaría autorizado cuando el fin directo de la pena coincidiese con el fin último de la sociedad, ó debiesen posponerse todos los restantes intereses sociales al interés de la protección contra el delito.

No sucede así. La seguridad contra el delito sirve al fin último, es una de las varias funciones que el Estado debe desempeñar por consideración á éste, y no la más importante. Por tanto, el Estado, para realizar esta función especial, no puede valerse de medios que dificultarían la realización de otras funciones lo mismo ó más justificadas. La pena, al realizar su fin directo, debe tener en cuenta al mismo tiempo los otros fines sociales directos. Sólo cuando lo hace, y en tanto que lo hace, es posible explicarla, pues sólo entonces sirve al fin último, sólo entonces es verdaderamente útil.

Esto quiere decir, con otras palabras, que la pena no debe ser sólo un medio práctico para la seguridad contra el delito, sino también un medio jurídico. El derecho pesa entre sí los entrecruzados intereses relativos de la sociedad según su importancia para el fin último, debe ser, por ende, útil. Pero la pena, por consideración á uno de estos intereses, modifica relaciones jurídicas: luego, puesto que como útil no puede ser la negación del derecho ó de lo útil, tiene que ser la afirmación del derecho, la consecuencia jurídica del delito.

Ahora bien: el reproche que se ha dirigido por los partidarios de las teo-

Digitized by Google

rías absolutas á las penas protectoras, como en general á las penas utilitarias ó relativas, es el de la arbitrariedad. ¿Con qué derecho, se pregunta, castigáis al delincuente y sólo al delincuente? ¿Con qué derecho le intimidáis ó corregís además, en vez de neutralizar el peligro que, según vuestra opinión, amenaza por su parte á la sociedad, sencillamente por la vigilancia de su persona?

No podemos esquivar estas preguntas con la observación de que, admitido que el bien de la sociedad debe anteponerse al del individuo, nos es por completo indiferente que la pena, al realizar la seguridad de la sociedad frente al criminal, perturbe ó no perturbe su derecho. Si la pena lesiona el derecho del delincuente, lesiona al mismo tiempo todo el derecho, el bien de la sociedad, que existe por el derecho. Proteger otros bienes por medio de perturbaciones arbitrarias de los derechos, es abandonar los bienes al capricho del poder del Estado, sustituir un estado de inseguridad parcial con un estado de inseguridad general, con un estado de ausencia de derecho. Hay, por tanto, que contestar á esas preguntas, demostrando la inexactitud del reproche de la arbitrariedad.

La primera de ellas se puede contestar sencillamente, diciendo que el delincuente, sólo por su hecho, ha llegado á ser un peligro para la sociedad, que sólo castigamos después que se ha delinquido por las mismas razones que solo curamos á los enfermos. Antes del delito existe un estado no peligroso jurídicamente, y donde no hay peligro, no puede haber necesidad de protección ni de penas protectoras. Sólo con el hecho aparece el peligro, y sólo con el hecho se hace posible la aplicación de penas protectoras. El hecho no es, pues, como afirma Binding, el *supuesto*, sino el fundamento de la pena, siendo injustificada la antigua objeción contra las teorías relativas, de que tienen que prescindir del fundamento de la pena. La teoría relativa que presenta á la pena como realizando el fin último, como verdaderamente útil, como pena utilitaria efectiva, tiene que poder descubrir también el fundamento de la pena, pues lo útil, lo racional, no puede carecer de fundamento. Si castigamos para producir un estado útil, castigamos también porque era *inútil* el estado anterior. El fundamento de la pena es, pues, lo *inútil*, lo opuesto al bien de la humanidad.

Pero, ¿cómo contestar á la segunda pregunta? ¿Cómo admitir el derecho de aplicar penas de reclusión, intimidadoras por su severidad intensiva, cuando hemos considerado la pena sólo como medio de protección?

¿Acaso para intimidar á otros? Pero la prevención general podría lograrse, en determinadas circunstancias, imponiendo un ejemplo intimidador á uno que nunca haya delinquido. ¿Por qué, entonces, hacer valer sólo frente al criminal las exigencias de la prevención general? Por este tratamiento excepcional, ¿no se hace de él un mártir de la sociedad?

Se ha contestado también que la sociedad tiene interés en que le sea devuelto el delincuente como miembro útil. Sin duda; pero la sociedad tiene

Digitized by Google

también interés en que, aquellos de sus miembros que no han delinquido nunca, utilicen lo mejor posible la libertad que se les ha concedido dentro de determinados límites, y en tanto que se mantengan dentro de ellos, puede cada cual obrar bien ó mal, trabajar ó no trabajar, sin que la sociedad tenga derecho á intervenir. No puede, por tanto, si no quiere proceder excepcionalmente con el criminal, obligarle á obrar de un modo positivamente útil, sino á abstenerse de cometer acciones antisociales, y para esto no se necesita un medio penal de severidad intensiva, sino que con la mera pena de protección basta para hacer imposible la ejecución de acciones perjudiciales.

Quizá se dirá que el delito no puede crear á la sociedad el deber de procurar al delincuente por toda su vida un alojamiento agradable y libre de cuidados, de educarlo y mantenerlo; debe estar autorizada, por tanto, á arrojar de sí, lo más pronto que pueda, la carga de su custodia y manutención que se ha impuesto; el criminal no puede tomar á mal á la sociedad que emplee los medios necesarios para ponerlo en libertad rápidamente, y por consecuencia, que eche mano á la intimidación ó la corrección. Admitiendo como bueno este razonamiento, resultaría de él que se puede obligar al delincuente á que trabaje para cubrir sus necesidades, pero no que se le pueda imponer un trabajo mayor, no que se le pueda impedir emplear á su gusto lo que le sobre, siempre que este empleo no sea peligroso para la seguridad pública, y entonces, ¿á dónde iba á parar la intimidación? Tampoco habría derecho á exigirle tentativas de corrección. Y si el criminal pobre, pero apto para el trabajo, podría llevar una vida regalona, la suerte del criminal rico sería envidiable. Por último, ¿qué se haría con los pobres y al propio tiempo más ó menos incapaces para trabajar?

Por medio de las penas puramente protectoras podemos aspirar accidentalmente, quizá en muchos casos, á la intimidación ó la corrección; pero no podemos deducir la justificación de las penas aptas para estos fines del derecho indudable que tiene la sociedad á emplear medios protectores en el sentido estricto de la palabra.

La dificultad para fundar la pena propiamente dicha, para fundar lo que presta á la pena su contenido especial, diferente del de los medios de protección que empleamos también contra los imbéciles, se resolvería facilmente si llevase razón von Bar, al afirmar que el delincuente ha perdido por su acción la protección del derecho, que ha caído bajo la disposición discrecional de la sociedad, porque entonces no tendríamos que esforzarnos para presentar la pena como una consecuencia jurídica, toda vez que nunca podría ser una violación del derecho. Pero no es exacto que quien se hace culpable de un delito pierda su valor para la sociedad, y no perdiéndolo, debe ser conservado para ésta, no debe ser expulsado de ella, no puede ser considerado como desprovisto de protección jurídica.

Es menester, pues, fundar la pena como derecho, demostrar su natura-

Digitized by Google

leza jurídica, y para esto tenemos que demostrar que lo que constituye en todo lo demás la esencia del derecho es también la esencia de la pena; que los principios que dominan en lo demás al derecho dominan también á la pena; que, por tanto, los principios en virtud de los cuales produce el delito la pena no son propios de ésta, sino que son los del derecho civil, y para ello, siguiendo la senda trazada por Welcker, hemos de intentar hacer ver que las reglas que valen ó deben valer para la restitución nos autorizan para imponer penas.

Pero antes hemos de decir que, según nuestro juicio, el daño es siempre ideal por su naturaleza. La situación material en que se halla el hombre, la relación en que está con otros hombres ó con las cosas, sólo tiene valor para él en cuanto es condición de sentimientos de placer ó de dolor. El daño material sólo puede ser daño en cuanto condiciona el daño ideal. La restitución debe equivaler al daño ideal, pero sólo puede efectuarse por la restitución del daño material que le sirve de base. Donde éste no existe no es posible la restitución del daño ideal, porque no podemos apreciarlo directamente. La restitución del daño ideal tiene que ser á menudo sólo aproximativa, porque hay que medirla por el daño material.

Examinemos ahora el daño causado por la acción criminal para investigar, después de establecida su extensión, si la pena es restitución. En el caso de que *A* arrebate una cosa que se halle en poder de *B*, se nos presentará ante todo como daño ideal el que existe en la perturbación de aquel sentimiento de placer que estaba condicionado por la relación existente antes del delito entre *B* y la cosa. Este daño sólo puede repararse por el restablecimiento de la relación anterior con la cosa ó por la creación de otra equivalente, y esto no puede hacerlo la pena.

Pero hay todavía otros daños ideales. El orden jurídico, atrayendo á su seno bienes humanos de existencia ficticia, los eleva á la categoría de derechos, los protege jurídicamente y crea en los poseedores de estos derechos, por su seguridad relativa, un sentimiento análogo de seguridad respecto de ellos. Este sentimiento tiene para los hombres un valor directo y un valor indirecto. Lo primero, en cuanto realza el sentimiento de placer ya existente creado por el bien. Lo segundo, en cuanto es condición para el nacimiento de nuevos sentimientos de placer, porque deja en libertad una parte de las fuerzas humanas, que de otro modo tendrían que emplearse en la defensa de esos bienes y hace posible la lucha por el progreso, la aspiración á una felicidad mayor y más completa.

Ahora bien: si el delincuente perturba en parte el estado de seguridad existente creado por el orden jurídico, este estado se cambia y empeora por su acción, y debe tener la sociedad derecho para obligar al delincuente á la restitución del estado anterior, á fin de reponer así, en su extensión primera, el sentimiento de seguridad relativa condicionado por este estado.

Digitized by Google

Veamos ahora si es exacta esta suposición, si la seguridad empeora después del delito, si el delito produce un peligro para la sociedad. El orden jurídico protege en primera línea los derechos por influencias psíquicas, por mandatos y prohibiciones, y como no se puede conocer directamente la vida anímica de los demás y no hay seguridad de que nadie que se mueva libremente en la sociedad perturbará ó no perturbará el derecho, nadie se puede considerar como no peligroso, porque el peligro empieza donde acaba la certeza de la seguridad. En este sentido, el delincuente era un peligro para la sociedad antes de cometer el hecho; pero este concepto tan amplio del peligro es inadecuado para el derecho, porque los peligros que se desvanecen por sí mismos no son de naturaleza jurídica y no se da contra ellos protección del derecho. El peligro jurídico nace de la certidumbre de que las leyes son impotentes respecto de tal persona determinada, que no protegen nuestros derechos frente á esta persona. El peligro jurídico es el peligro potenciado, la certidumbre del peligro, el convencimiento de la existencia del peligro. ¿El delincuente llega á ser por su acción un peligro jurídico? ¿Nos ha dado su acción la certidumbre de que no tienen imperio sobre él los mandatos y las prohibiciones?

Nadie podrá negar que existe un peligro jurídico en el *momento de obrar*. El criminal, atacando un derecho de cierta especie, prueba, por modo irrefragable, que su respeto para los derechos de esta especie en el *momento de obrar* no es bastante grande para contrarrestar los motivos antisociales que le impulsan á la acción, que la ley no ofrece protección suficiente frente á él para los derechos de la especie de que se trata.

Pero, se objetará, cuando la acción cesa el peligro termina, porque si respecto del que no ha cometido ningún delito, no podemos presumir que delinquirá, nada nos autoriza tampoco á presumir que robará de nuevo el que ha robado una vez. En efecto, esta presunción no estaría justificada. Sólo podemos juzgar de las intenciones cuando se han manifestado exteriormente por signos de los cuales podamos inducir los motivos que las producen. La sociedad no tiene derecho á protegerse contra el que todavía no se ha mostrado enemigo de ella; pero de aquí no se deduce que debamos dejar en libertad al delincuente inmediatamente después de cometido el delito, que no lo debamos considerar como hombre peligroso, puesto que por medio del delito nos ha sido posible leer en su alma, conocer su intención antisocial respecto de una cierta clase de derechos, y este conocimiento, esta seguridad, por lo mismo que no podemos penetrar por modo directo en las intenciones, subsiste, tenemos que permanecer en ella hasta que se muestren nuevos síntomas externos por los cuales podamos conocer que ya no existe el estado anterior considerado como peligroso.

Demostrado que el delito produce un peligro para la sociedad, que la seguridad de los derechos perturbados por el delincuente desaparece por la ac-

Digitized by Google

ción de éste, es claro que podemos obligarle á restituir el estado anterior de seguridad y esto sólo puede hacerse destruyendo el poder anormal de los motivos antisociales, comprobado por el delito, ó debilitándolos ú oponiéndoles otros motivos.

El daño producido por el delincuente á la sociedad es de naturaleza general y produce inseguridad respecto de otro, porque no puede ponerse en duda que el delito provoca frecuentemente el temor de que se cometan otros delitos por virtud del ejemplo dado. Pero la comprobación de que el criminal ha producido un daño ideal de esta naturaleza sólo puede dar á la sociedad el derecho de elevar la pena, cuando esta elevación pueda reparar efectivamente dicho daño. Y como un daño ideal sólo puede ser reparado, por lo general, cuando está condicionado por daños de las relaciones ó estados reparables pertenecientes al mundo externo, para que la elevación de la pena esté justificada será menester que el daño ideal ulterior, el sentimiento de inseguridad general, corresponda á un estado de inseguridad general; será menester que, por el mal ejemplo dado, se haya causado á la sociedad un peligro efectivo jurídico por parte de otras personas, y que este daño ulterior no pueda ser restituído por estas otras personas, pues á éstas es á quienes en primer lugar hay que obligar á la restitución para que la seguridad se restablezca. Esto ocurrirá cuando cualquiera haya perpetrado ó propagado un delito de naturaleza epidémica y no haya terminado la epidemia cuando se vaya á juzgar el delito. En estos casos se debe reconocer al Estado el derecho de aplicar á los criminales penas que puedan neutralizar por su eficacia sobre los demás el principio contagioso.

Fuera de los indicados, la acción criminal no produce daños de naturaleza general, cuya corrección pueda tocar al Estado. Sobre todo, no incumbe al Estado moderno la misión de dar satisfacción al odio contra el criminal, que á menudo se apodera del ofendido y de porciones mayores del pueblo, sin que por esto desconozcamos la importancia que ha tenido para la humanidad el instinto de venganza.

El desarrollo lógico del principio de la pena que acabamos de exponer, debería llevar á que no pudiera nunca ser devuelto á la sociedad el delincuente sin que antes se hubiera comprobado su inocuidad para el derecho. Sería necesario, por tanto, suprimir toda medida penal, pues su conservación, ó haría incompleta la restitución, ó llevaría á exigir al criminal más de lo que está obligado á hacer. Pero, puesto que la pena es derecho y los principios jurídicos son de naturaleza relativa, es inadmisible un desarrollo lógico semejante y debe ser también una cuestión de utilidad la de averiguar cómo se debe castigar y en qué tanto.

Limitándonos á las penas de prevención especial, tenemos que el desarrollo consecuente del principio de la pena produciría los siguientes daños de naturaleza general: 1.° El sufrimiento del criminal: 2.° La perturbación

Digitized by Google

del altruismo producida por este sufrimiento: 3.° La disminución de valor del organismo social por la supresión de la libertad del delincuente.

El primero de estos daños es por completo insuficiente para modificar las consecuencias del principio de la pena, porque el individuo debe posponerse siempre á la colectividad.

Más importancia tiene la lesión del sentimiento de solidaridad, por lo cual debe esquivarse siempre que se pueda: pero es menester reconocer también que su importancia es secundaria, ocupando el primer lugar el bienestar material de la sociedad, que sirve de condición á aquél, y sobre el cual arraiga y sin el cual pereceria.

Las limitaciones esenciales al desarrollo del principio de la pena sólo pueden resultar, por ende, de la consideración de los intereses sociales materiales que condicionan su bienestar, de la consideración del daño señalado en el núm. 3.°

Si á cualquiera que, por haber infringido un artículo del Código penal ó quebrantado un precepto de policía, se ha mostrado como un peligro para este ó aquel interés social, lo recluyéramos hasta que se comprobase una transformación de sus intenciones respecto de ellos, no habría bien pronto ningún interés social que defender. Para que pueda aplicarse la pena completa (como podríamos llamar á la que resulta del desarrollo lógico del principio de la pena), el valor negativo que tiene el peligro que nace para los derechos de la libertad del individuo, debe ser mayor que el valor positivo social de la libertad. Donde no hay que tener en cuenta éste, como en los criminales profesionales, la pena completa debe ser aplicada aun cuando se se trate de peligros pequeños. Por análogas razones no tiene nunca inconvenientes el castigo completo de los niños delincuentes. En todos los demás casos, la sociedad, por consideración á su propio bienestar material, no puede imponer al delincuente la indemnización completa, sino que debe contentarse con la parcial, tiene que recurrir á las penas aproximativas, y cuando se trata sólo de una restitución aproximativa, la medida penal debe conservarse por completo, sin que pueda admitirse que se fije sólo el máximum, ó el máximum y el mínimum, aunque haya que echar mano á penas privativas de libertad, porque en tales casos el fin de la pena es únicamente la intimidación.

De las donaciones manuales á las Instituciones de Beneficencia, por *J. Rignano* (*Archivio giuridico*, tomo 50, núm. 2, págs. 119-131).

El Código civil italiano (art. 1056), á la manera que el francés y el albertino, requiere, como forma sustancial de la donación y de su aceptación, el instrumento público, para asegurar la libertad y la madurez de consejo en

Digitized by Google

el donante, y para poner un freno á todas las liberalidades inmorales. Requiérese la publicidad del acto, no sólo *quoad probationem*, sino *quoad substantiam*.

La doctrina y la jurisprudencia italiana han admitido, sin embargo, la excepción á este principio general, ya aceptada por la doctrina y la jurisprudencia francesa, relativa á las *donaciones manuales*, esto es, á las de las cosas muebles, dinero ó títulos al portador, por su naturaleza especial y porque nacen y se perfeccionan con la tradición material y con la posesión de la cosa donada.

Pero la mayoría de los escritores y de los Tribunales consideran que, para la validez de la donación de cosas muebles hecha sin la solemnidad del instrumento público, deben concurrir las dos condiciones de la tradición de la cosa donada en las manos del donatario y de la pequeñez de la cosa misma, no considerada en sí, sino en relación con las condiciones económicas y sociales del donante.

No puede aprobarse la doctrina contraria, sentada por el Tribunal de Apelación de Génova, de que la donación manual es válida, sea cualquiera el valor de la cosa donada y sin que haya que tomar en consideración la entidad del patrimonio del donante.

Estando redactadas en términos tan generales y absolutos las disposiciones del Código civil, relativas á las solemnidades de los actos de donación, no podía caber duda de que debían aplicarse también á las donaciones en favor de Obras pías y de Instituciones de Beneficencia y en general de las personas morales, y así lo han creído todos.

Pero también respecto de las Obras pías y de las Instituciones de Beneficencia debía tenerse en cuenta la excepción admitida por la doctrina y la jurisprudencia, en cuanto á las donaciones manuales de pequeña entidad en relación con la condición del donante, y así lo hicieron los Tribunales del Reino subalpino bajo el imperio de la ley de Obras pías de 1859.

Es evidente que no puede hablarse de esta excepción, ni aun por lo que toca á las obras pías, cuando se trata de donaciones de bienes inmuebles, para los cuales no puede concebirse una tradición *brevi manu* y para los cuales la ley requiere el documento escrito y la inscripción para su eficacia contra terceros.

En la práctica ha dado y puede dar lugar á dificultades y discrepancias de pareceres, y de decisiones por parte de las autoridades llamadas á resolver, la apreciación de la pequeñez de la donación para poderla declarar exenta de la formalidad del documento público. Tal apreciación, cuando se trata de donaciones hechas á favor de particulares, toca á los Tribunales en los litigios que se promuevan por los interesados para anular las que se consideren lesivas, y cuando se trata de donaciones á Instituciones de Beneficencia, y en general, de cuerpos morales, toca á la autoridad gubernativa.

Digitized by Google

Resulta, pues, que se puede afirmar que se deben hacer por escritura pública, so pena de nulidad:

1.° Todas las donaciones de bienes inmuebles y de otros bienes y derechos capaces de hipoteca, cualquiera que sea su valor.

2.° Las donaciones á favor de Instituciones de Beneficencia, de rentas inscritas en el gran libro de la Deuda pública del Estado ó de otros títulos nominativos.

3.° Las donaciones de naves y de otros cuerpos flotantes.

4.° Los actos por los cuales se transfieran, á título gratuito, á favor de Institutos de Beneficencia, créditos de cualquiera especie que resulten de documentos legales.

5.° Las donaciones de dinero, títulos al portador ú otras cosas muebles, cuando deben dejar alguna huella ó tener alguna otra consecuencia legal para el donante ó para el instituto piadoso donatario.

6.° Los actos que tengan por objeto la donación de una universalidad de cosas muebles, como una biblioteca, un negocio, etc.

7.° Y la donación de dinero, títulos al portador ó cosas muebles singulares, cuando su cuantía deba considerarse importante en relación con la condición económica y familiar del donante.

Quedan sólo las donaciones manuales de dinero, títulos al portador ó cosas muebles especiales que puedan considerarse de poco valor, habida consideración de la persona del donante y de sus condiciones de familia. Para estas donaciones, según la doctrina y la jurisprudencia, puede prescindirse del documento público, y deben reconocerse válidas y eficaces, sea cualquiera la forma en que el donante haya manifestado á la representación de la institución su voluntad y ésta la haya aceptado.

***

Capacidad jurídica de las sociedades de socorros mutuos no reconocidas, y en general, de las asociaciones libres lícitas en virtud de la Constitución, por *L. Rodino*. (*Archivio giurídico*, tomo 50, núm. 2.°, páginas 174-198).

Las sociedades de socorros mutuos pueden obtener, en Italia, la personalidad jurídica por dos modos: ó en virtud de la ley de 15 de Abril de 1880, ó por Real decreto, en virtud del art. 2.° del Código civil. El primero de estos modos se refiere sólo á las sociedades compuestas de *obreros*; el segundo á las sociedades compuestas de cualquiera otra clase de personas.

Cualquiera otra asociación de socorros mutuos no reconocida por uno de estos dos modos, no es, hablando jurídicamente, un ente colectivo existente por sí, distinto de las personas de los socios, y capaz de derechos y

Digitized by Google

obligaciones patrimoniales, sino únicamente una asociación *libre* reconocida por el art. 32 de la Constitución italiana.

Discútese, sin embargo, mucho, sobre si una asociación libre de socorros mutuos tiene derechos y obligaciones civiles, y puede pedir su cumplimiento ó ser requerida á observarlos por acción judicial, sosteniéndose en la doctrina y la jurisprudencia desde la opinión absolutamente negativa, que hace de una asociación libre un ente en absoluto incapaz de relaciones de obligación y de pretensión con terceros, y por tanto, de comparecer en juicio, hasta la opinión opuesta, que reconoce en la asociación una entidad que existe por sí, un ser moral especial, que casi se confunde con el concepto propio de la persona jurídica.

La jurisprudencia predominante niega la representación activa y pasiva en juicio á las sociedades de socorros mutuos en la persona de sus jefes, si éstos no tienen un mandato expreso de los socios, *uti singuli*, que puede ser conferido también por los estatutos.

Una multitud de sentencias dictadas por diferentes Tribunales de Italia declaran que las asociaciones libres no pueden comparecer en juicio en la persona de sus representantes, los cuales sólo pueden hacerlo en su nombre propio é individual, en la calidad de mandatarios de los socios *uti singuli*, aun cuando se trate de relación entre la sociedad y los socios.

Otras sentencias, en un sentido algo más amplio, han establecido: que la la sociedad está bien demandada citando á su administrador como encargado de defender y representar los intereses colectivos sin que haya necesidad de citar individualmente á los miembros de la asociación; que si una sociedad de socorros mutuos ha dado, al constituirse, mandato á su presidente para todo lo que concierne á la administración de la sociedad y á su marcha regular éste tiene personalidad para representar en juicio á la sociedad misma; que los jefes designados en los estatutos de las sociedades de socorros mutuos se deben considerar como mandatarios tácitos de los asociados, y pueden ejercitar judicialmente los derechos de la asociación.

En las relaciones especiales de la sociedad con sus socios se ha decidido que la sociedad puede ser demandada en juicio por un socio mediante citación de las personas á las cuales se ha dado, por el pacto social, la facultad de administrar y de hacer cumplir los estatutos y viceversa.

El Tribunal de Casación de Palermo ha sostenido una teoría especial y nueva en la jurisprudencia, considerando las asociaciones libres como verdaderos entes morales y sancionando la máxima de que una asociación de personas reunidas para un fin lícito es un ente moral reconocido legalmente en virtud del art. 32 de la Constitución del Reino, y puede, por tanto, comparecer en juicio y hacerse representar por medio de su presidente.

A nuestro juicio, se debe negar toda capacidad jurídica á una asociación libre, como tal, como ente colectivo, y admitir sólo la capacidad en los so-

Digitized by Google

cios *uti singuli* ó como mandantes de las personas que están á la cabeza de la sociedad, cuando el mandato haya sido conferido por los estatutos por modo expreso ó tácito, ó por acto especial.

Nos fundamos en que, para tener derechos, se requiere tener una personalidad reconocida por la ley, y ésta sólo reconoce personalidad en materia civil á los individuos, y á todas las agregaciones civiles y religiosas, las cuales, por autorización de la potestad suprema (art. 2.° del Código civil), ó por la ley, constituyen entes colectivos distintos de las personas de los socios.

No se pueden invocar, para las sociedades de socorros mutuos, las disposiciones del Código civil, porque, según su art. 1697, sociedad civil es la que tiene por fin la división de las *ganancias* entre las personas que convienen en poner en común cualquier cosa, y es evidente que una sociedad de socorros mutuos no puede tener por fin el lucro, las *ganancias*, porque *lucro* no ha sido nunca el goce moral y material de las cosas sociales, sino un provecho derivado del empleo en común de cosas determinadas, que hay que repartir entre todos los asociados.

Tampoco se puede invocar, como ha hecho el Tribunal de Casación de Palermo, la disposición del art. 32 de la Constitución, para sostener un reconocimiento legal especial de las asociaciones libres que tienen un fin no contrario á la ley, porque dicho artículo no tuvo otra mira que la de quitar todo impedimento á la libertad de reunión de los ciudadanos, y el permiso en él concedido no es un concepto de derecho civil privado. El ser lícito reunirse no resuelve la cuestión de saber si la reunión tiene ó no personalidad, porque el ser lícito y moral el fin de la reunión no basta para imprimirle el carácter de ente colectivo con personalidad jurídica y patrimonio. La reunión pacífica y legítima permitida por la Constitución política no adquiere personalidad civil, si no se añade el reconocimiento ó creación legal por Real decreto ó por ley.

Pero esto no quiere decir que la asociación no tenga modo alguno de poder tener derechos y obligaciones, y no pueda contratar y hacer valer sus derechos y responder de sus obligaciones en juicio, fuera de la intervención de todos los asociados. Es menester no olvidar que toda asociación se rige por estatutos y reglamentos internos, que constituyen un verdadero contrato social, y si dos ó más personas pueden estipular derechos y obligaciones, y estos derechos y obligaciones son reconocidos por la ley, no hay razón para que no se haga lo mismo con los que se estipulan por una sociedad en virtud de sus estatutos, que es el contrato de todos los que la componen.

Estos derechos y obligaciones no serán del ente sociedad, porque no puede haber patrimonio social, deudas y créditos sociales sin personalidad jurídica; pero sí lo serán de los asociados particularmente, los que responderán por sí mismos según el importe de sus cuotas sociales; la asociación no podrá adquirir y poseer como tal, pero serán los asociados los que

Digitized by Google

adquirirán y poseerán en común; la asociación no podrá, como ente, comparecer en juicio, sino que deberán comparecer todos los asociados. Esto no impide, sin embargo, que todos estos derechos y obligaciones de todos los asociados puedan tener una *representacion colectiva*, que el jefe de la sociedad pueda representarla frente á los socios y frente á terceros. No será esta una representación de la persona jurídica, una representación de una entidad, de un todo distinto de los socios; pero sí una representación que conseguirá su fin de estipular eficazmente por todos los asociados, de hacer valer y defender los derechos de todos los socios frente á terceros, y de unos socios contra otros, ora judicial, ora extrajudicialmente.

La doctrina y la jurisprudencia italiana y extranjera predominante admite esta representación de los derechos y de las obligaciones de los asociados, por mandato conferido por los estatutos ó por decisión especial de la asamblea, al presidente ó director de la asociación. El presidente ó director obrará en nombre propio y como representante de todos los otros socios *uti singuli*, á diferencia de las sociedades que tienen personalidad jurídica, en las cuales el representante obra por el ente jurídico y concreto *sociedad*, distinto de la persona de los socios.

Las sociedades de socorros mutuos deben tener la precaución de establecer *expresamente* en el presidente, director ó cualesquiera otros que se hallen á su frente, el derecho de representarlas en juicio ó fuera de él, para todos los actos de interés social comprendidos en los estatutos.

Es un error deducir de la falta de personalidad de las asociaciones no reconocidas la incompetencia absoluta de los tribunales en los contratos de los socios entre sí para cosas sociales, porque, como hemos visto, la falta de personalidad jurídica no priva de la capacidad de derechos y de obligaciones de los socios unos con otros.

El problema está en saber en cuáles cuestiones es competente la autoridad judicial y en cuáles no lo es, y para ello hay que establecer una distinción. En las cuestiones que se refieren á la administración interna de la sociedad, los Tribunales son incompetentes. En las cuestiones de derecho, cuya decisión no haya sido reservada á otros, no se puede negar la competencia de la autoridad judicial.

***

De la acción del portador de un «cheque», no pagado al vencimiento, contra el librado, en los límites de la provisión, por *H. Pipia (Archivio giuridico,* tomo 50, núms. 3.º y 4.º, págs. 281-305).

Librado el *cheque*, ¿el derecho sobre la suma disponible subsiste en el librado, ó se transmite al librador ó al tercero á cuyo favor fué librado el *cheque*, siguiendo así al título mismo en sus sucesivas traslaciones? En otros térmi-

Digitized by Google

nos, ¿el tomador ó portador de un *cheque* no pagado al vencimiento, tendrá acción contra el librado que, aunque provisto de fondos, no haya pagado?

Sostienen que no, Vidari, Supino, Alauzet, Barclay, Dainel, Levi, Newmann, Shaw, Walcker, Byles, etc.; sostienen que sí, Gallarveri, Bedarride, Nougier y Espinas, Demangeat, Lyon-Caen y Renault, Le Mercier, Boistel, Dalloz, Maleod, Cohn, etc.

En la jurisprudencia han admitido que el portador tiene acción contra el librado, el Tribunal de Apelación de Nantes, el Tribunal de Orleans y el Tribunal de Comercio de Marsella.

Es claro que no se trata aquí del *cheque* aceptado ya por el librado (cuando el libramiento se ha hecho á plazo), porque, como en las letras de cambio, el portador adquiere, por virtud de la aceptación, derecho á dirigirse contra el aceptante, y no puede surgir la cuestión que hemos planteado. Tratamos del *cheque* á la vista ó del *cheque* á plazo antes de la aceptación, que es donde el problema se presenta, y, á nuestro juicio, no puede negarse al portador acción directa contra el librado provisto de fondos y que no haya pagado al vencimiento.

Nos fundamos para sostener esto en la naturaleza de las relaciones jurídicas que median entre acreedor y deudor en el acto de librarse el *cheque*. Este supone un acreedor reconocido, cierto, que goza de un crédito liquido, exigible, y un deudor en posesión de numerario sobre el cual goza el primero de estos derechos ciertos y exigibles. Cuando el acreedor libra el *cheque*, no hace más que tomar simbólicamente el dinero que había estado hasta entonces en posesión del deudor. En el momento de librarse el *cheque* se cambian las relaciones jurídicas que median entre acreedor y deudor, manifestando aquél la intención de ejercitar sus derechos sobre el numerario y de hacerlo entrar en su patrimonio; intención que, puesta en conocimiento del deudor por la presentación del *cheque*, se transforma en una pura y simple manifestación de derecho.

El *cheque*, al pasar de mano en mano, va produciendo otras tantas traslaciones de propiedad sobre la provisión, que forma el alimento, la razón de ser del título; por manera que el último portador de él tiene sobre la provisión los mismos derechos que correspondían al primitivo librador del *cheque*.

Y admitido esto, se deduce lógica y naturalmente que el portador del *cheque* no pagado al vencimiento, recibiendo sus derechos del librador originario, tiene acción contra el librado sobre la provisión.

Contra esto se objeta que no puede admitirse que el librador tenga propiedad sobre la provisión ni que con el libramiento del *cheque* se realice una verdadera y propia cesión de derechos del librador al portador.

Supino niega al librador la cualidad de propietario de la provisión, porque ésta no consiste sino en un crédito del librador sobre el librado ó en una

Digitized by Google

cuenta abierta por éste á aquél, y porque aun cuando haya habido remesa efectiva, ésta sólo constituye un crédito del uno hacia el otro.

En efecto, si el librado no tiene fondos líquidos y exigibles, el portador no tiene acción alguna contra él; pero si ha mediado remesa efectiva, es imposible sostener que sólo constituya una razón de crédito. El librador, al remitir los fondos al librado, no hace otra cosa que un depósito de cosas fungibles, reservándose recobrarlas cuando le plazca. Si el librado, sin que haya mediado remesa, se encuentra en posesión de sumas líquidas y exigibles del librador, éste al librar el *cheque* no hace sino afirmar su derecho de propiedad sobre ellas, no hace sino traerlas á sí con una especie de tradición simbólica.

Vidari dice que los fondos que constituyen la provisión no pueden pertenecer en propiedad al librador, porque el librado dispone á su placer de ellos; pero Vidari olvida aquí que el dinero es la cosa fungible por excelencia, y que, por esto, el librado puede disponer de él, aunque pertenezca á otro, si bien quedando responsable hacia el propietario primero, ó sea el librador, de otra cantidad igual.

Añade Vidari que, pasando los fondos que constituyen la provisión á la cuenta corriente que el librador tiene con el librado, pasan también por necesidad á la propiedad de éste, por lo cual aquél sólo puede tener una simple razón de crédito hasta la cuantía de los valores entregados en cuenta corriente, y por tanto, que el portador del *cheque* no puede ostentar un derecho de propiedad sobre ellos. Esto sería exacto en el supuesto de que no pudiera librarse un *cheque* sin la apertura de una cuenta corriente entre el librador y el librado, lo cual no ocurre en la legislación italiana ni en ninguna extranjera, bastando, por lo general, con que el librador tenga un crédito líquido exigible contra el librado.

Los adversarios de la teoría que sostenemos niegan también que, con la transmisión á un tercero de la propiedad del título, se transmita la propiedad sobre la provisión; niegan el carácter de cesión al paso del *cheque* del librador al portador, y sostienen que hay aquí sólo un contrato de emisión; que se crea una razón de crédito entre el librador y el portador, pero no se transmite una razón de crédito que ya existe. Es imposible admitir esta teoría, dados los criterios del derecho de cambio italiano.

El Código de Comercio de Italia dispone explícitamente que son aplicables al *cheque* todas las disposiciones referentes al endoso de las letras de cambio. Ahora bien: uno de los conceptos esenciales del endoso es que transmite la propiedad del título y de todos los derechos inherentes á él, y si tal eficacia tiene en la letra, la misma eficacia debe tener en el *cheque*, por precepto especial legislativo, y por tanto, transfiriendo todos los derechos inherentes al título, debe transmitir también al portador el derecho sobre la provisión que hemos demostrado existe en el librador.

Lo que se dice para quien adquiere el *cheque* por *endoso*, puede decirse a

Digitized by Google

fortiori para el portador original á cuyo favor haya girado el *cheque* el librador; éste transfiere á aquél todos los derechos que le pertenecían; no se crea una razón de crédito entre librador y portador, sino que se transmite un crédito ya existente en el librador.

El argumento más poderoso para confirmarnos en la opinión emitida se deduce de los derechos del tomador de una letra de cambio á la provisión. En el derecho antiguo se reputaba que, por el contrato de cambio, el librador contraía hacia el tomador una obligación de hacer, por manera que la letra sería sólo un medio de exigir esta obligación, y el tomador adquiría únicamente el derecho de dirigirse al librado y pedirle el cumplimiento del mandato, y el de volverse contra el librador en caso de negativa. De esta opinión son Delamarre, Le Poitvin, Fremery, Scaccia, etc.

Pero poco á poco la doctrina se fué modificando y adoptó la opinión contraria. Ya Pothier indicaba que el portador de la letra podía ejercer contra el librado los derechos del librador, y esta posibilidad se ha transformado en axioma aceptado por la doctrina y la jurisprudencia. Se ve en el portador al propietario de la provisión (ó del crédito del librador) por la cesión realizada y se le reconoce un derecho sobre ella, y esto es más atrevido en materia de letra de cambio que en materia de *cheque*, porque en éste la provisión debe existir en el momento del libramiento, mientras que en aquélla basta, según el sistema francés, que exista al tiempo del vencimiento. Esta doctrina ha sido aceptada por los escritores y por los Tribunales. Entre los primeros puede citarse á Dupuis de la Serra, Pardessus, Nouguier, Alauzet, Demangeat, Boistel, Bedarride, Dalloz, Lyon-Caen et Renault, Garsonnet, etc., y entre los segundos, el Tribunal de Casación de Francia y la Audiencia de Lyon.

Ahora bien: si en todas las legislaciones que exigen la provisión en el librado en el momento del vencimiento, se reconoce al portador de una letra de cambio el derecho sobre la provisión, el mismo derecho debe reconocerse al portador de un *cheque*, porque los mismos elementos intervienen en él, y si son idénticos los elementos de la relación jurídica que crea, idénticos deben ser los efectos que produce esta relación. Así lo reconocen expresamente Bravard-Veyrieres, Lyon-Caen et Renault y Gallarveri, entre otros.

También la jurisprudencia y algunas legislaciones convienen en atribuir una acción al portador de un *cheque* contra el librado. Así lo han hecho, en Francia, el Tribunal de Comercio de Nantes y el de Marsella. En Portugal prevalece la jurisprudencia favorable al portador por analogía á lo que ocurre en la letra de cambio. En Bélgica, la jurisprudencia concede acción al portador del *cheque*. La cuestión está muy controvertida en los Estados Unidos, donde hay, sin embargo, Tribunales, como los de Kentucky, la Luisiana ó Illinois, que la resuelven en el sentido defendido por nosotros. La doctrina y la jurisprudencia inglesas son, en cambio, casi universalmente opuestas,

Digitized by Google

y esto se explica porque en Inglaterra el libramiento de un *cheque* no requiere la provisión de fondos al librado. Macleod cree, sin embargo, que por equidad el portador puede dirigirse contra el librado cuando éste tenga en su poder la provisión. En Alemania, aunque es muy común el uso de los *cheques*, no existe ley general que trate de ellos; existen, sí, leyes especiales, como la del Gran Ducado de Brunswick, que resuelve la cuestión del modo defendido por nosotros. El Código holandés admite implícitamente el derecho del tomador sobre la provisión, y la doctrina y la jurisprudencia conceden acción al portador contra el librado provisto.

En resumen, que del espíritu que informa generalmente todo el derecho cambiario, del espíritu y de la letra de las disposiciones que rigen el instituto especial del *cheque*, tanto en el derecho italiano cuanto en las legislaciones extranjeras, resulta que el librador tiene un derecho sobre la provisión existente en el librado, y que, sea con el endoso, sea con el libramiento á favor de otro, transmite este derecho á un tercero, el cual, por tanto, tiene acción contra el librado por la provisión, en los límites y en la extensión de la misma y subordinadamente á su existencia efectiva.

***

Tarifas especiales, retrasos y averías en el transporte de mercancías por ferrocarril, por *J. Giannini (El Diritto commerciale,* tomo 10, núm. 6.º, págs. 793 824).

La aplicación del vapor ha reconcentrado los transportes en pocas y poderosas empresas, que ejercen un monopolio absoluto, de donde nace la necesidad de regular con especiales preceptos jurídicos la nueva figura de los transportes por ferrocarril, derogando, no sólo á las normas generales del derecho, sino también á los que regulan genéricamente el contrato de transporte.

El monopolio que ejercen los ferrocarriles hace que las condiciones escritas en sus reglamentos no sean producto del acuerdo de las voluntades de las partes, sino que, dictadas por una sola de ellas, tienen que ser aceptadas sin discusión y sin un verdadero y propio consentimiento por la otra. Por esto no es aplicable á esta materia el precepto jurídico de que el contrato se sobrepone á la ley, y por esto el legislador no permite, salvo en un caso, que las empresas ferroviarias se sustraigan convencionalmente á las reglas que establecen en contra suya una presunción de culpa y que determinan el resarcimiento de los daños sufridos por el cargador. Las empresas, sin embargo, no pierden ocasión de limitar lo más posible la eficacia de estas reglas, tratando de interpretarlas en su provecho.

Según el art. 403 del Código de Comercio italiano, en caso de retraso en la ejecución del transporte, el porteador pierde una parte del precio de trans-

Digitized by Google

porte proporcionada á la duración del retraso, ó pierde el precio íntegro del transporte si el retraso ha durado el doble del tiempo establecido para la ejecución del transporte, salvo la obligación de resarcir el daño mayor que se probare haberse producido.

La mayoría de los escritores interpretan este artículo diciendo que el legislador ha querido establecer á cargo del porteador una presunción *juris tantum*, al disponer, para evitar litigios, que el daño causado por el retraso al expedidor es proporcional al retraso mismo y puede compensarse mediante el abono en todo ó en parte del precio de transporte, sin que el acreedor tenga que probar el daño; pero esta presunción puede ser destruida por el porteador, demostrando que el expedidor no ha sufrido daño alguno ó que puede resarcirse con una cantidad más pequeña, así como el cargador puede también probar que no se compensa con el abono parcial ó total del precio del transporte y que se le debe entregar una suma mayor.

Se apoya esta interpretación en que la presunción de que se trata no puede ser indestructible, porque el legislador no ha podido liquidar anticipadamente un daño eventual é incierto. Los principios generales no consienten liquidación anticipada y absoluta de daño, sino que exigen que se haga cuando existe y en proporción de su entidad: luego no puede creerse que el legislador haya querido impedir á las empresas de ferrocarriles suministrar la prueba de que no se produjo daño por el retraso, y por tanto, que no se debe indemnización. Adúcense también las palabras de la *Exposición de motivos*, que dicen que «se puede pedir á título de *indemnización* por el retraso, el abono ó la restitución de la mitad del transporte», porque, al hablarse de *indemnización*, se supone la existencia de un daño, y lo mismo hace creer el inciso «salvo el daño mayor que se probare haberse producido», que se lee en el art. 408 citado, puesto que no hay daño *mayor* sin otro *menor*.

Interpretamos de otro modo el art. 403. El legislador del Código de Comercio, al regular el resarcimiento que debe el porteador por el extravío ó deterioro de las mercancías que se le confiaron, deroga los principios consagrados por el Código civil, que disponen que se debe indemnizar la pérdida sufrida (daño emergente) y la ganancia perdida (lucro cesante), no consintiendo al remitente ó consignatario sino que reclame y obtenga la compensación del daño valuado con criterio objetivo, esto es, por el valor de la cosa ó de parte de la cosa perdida, cualesquiera que sean las consecuencias que hayan sufrido. Esta disposición, que se supone por igual favorable á las empresas ferroviarias y á los particulares, lo es más para aquéllas que para éstos, puesto que el daño así compensado es el menor posible y á menudo inferior al daño real, porque el cargador no podrá recobrar el objeto averiado ó perdido, ó lo recobrará con gravosas condiciones, ó deberá acaso pagar una pena por no haber entregado la mercancía é incurrirá en cualquiera otra prestación respecto de terceros, que no se contentarán con el valor de la cosa

Digitized by Google

como él tiene que contentarse. Esto basta para demostrar que el legislador no se ha mostrado demasiado severo con las empresas de ferrocarriles cuando les ha prohibido derogar ciertas normas con las cuales se liquidan excepcionalmente por anticipado los daños eventuales sufridos por el ciudadano que ha recurrido á ellas.

Si el objeto expedido llega con retraso, pero en buen estado, estaría igualmente obligado el porteador, según los principios generales de derecho, á resarcir el daño emergente y el lucro cesante; pero también en este punto el legislador del Código de Comercio ha introducido una modificación inspirada en la equidad, y no encontrando otro elemento seguro y objetivo para liquidar por anticipado el resarcimiento, ha echado mano al precio del transporte, único elemento determinado y proporcional, al menos en la mayoría de los casos y desde cierto punto de vista, al daño producido por el retraso efectivamente sufrido.

El retraso causa siempre daño, porque sustrae el objeto á la libre disponibilidad del consignatario durante algún tiempo, y esto es de suma importancia en el comercio, donde el tiempo es oro y puede ser causa de que se destruyan muchas combinaciones. Por esto el legislador no podía confiar al arbitrio del porteador el término de la entrega, suprimiendo la obligación de resarcir el daño causado, sin sustituirla con alguna otra. Para estimular al porteador y evitar en lo posible litigios, ha establecido que sea resarcimiento adecuado al daño producido por el retraso el abono de parte proporcional del precio de transporte, salvo el perderlo por entero si el retraso es de doble tiempo del convenido.

Contra esta liquidación anticipada no se permiten pruebas contrarias dirigidas á excluir la existencia del daño ó á establecer su medida. El daño es inherente al retraso, y no puede disputarse sobre su cuantía, porque el espíritu de la ley no consiente que donde se ha hecho una excepción para evitar litigios y favorable á una de las partes contratantes, pueda ésta á su gusto aprovecharse de ella ó no, según las circunstancias. El porteador que retrasa la entrega, pierde todo ó parte del precio, sin excepción, como sin excepción debe reembolsar al expedidor todo ó parte del precio de la mercancía averiada ó perdida.

Por graves y no desconocidas al porteador que sean las consecuencias de un retraso, no está obligado sino á abonar todo ó parte del precio; pero, en compensación, no debe concedérsele facultad alguna de prueba contraria, pues resultaría extraordinariamente favorecido, porque podría ejercerla cuando el daño fuere leve ó nulo, y podría atenerse á la prevención de la ley cuando el daño fuere muy superior al precio del transporte.

Tampoco creemos que el consignatario ó el remitente tengan derecho por el retraso á un resarcimiento mayor del abono del precio del transporte, porque el inciso «salvo la obligación de resarcir el daño mayor que se pro-

Digitized by Google

bara haberse producido», no lo interpretamos, como se hace generalmente, en el sentido de que, si el daño producido por el retraso no se compensa suficientemente con el abono del precio del porte, el consignatario puede pedir la diferencia á su favor, probando su alegación. A nuestro juicio, ese inciso lo que quiere decir es que, además del resarcimiento por el retraso, el consignatario tiene derecho á reclamar el resarcimiento por el deterioro ó averías que hayan podido sufrir las mercancías por causa del retraso mismo.

El art. 416 del Código de Comercio de Italia permite á las empresas de ferrocarriles descargarse de parte de la responsabilidad que la ley les impone mediante la disminución del precio del transporte por tarifas especiales. Cuando el transporte se hace con tarifa especial, la empresa responde de la pérdida ó avería de la cosa apreciada según su valor en el punto de partida, lo cual es ventajoso, porque el valor en este punto tiene siempre que ser menor que en el de llegada. También responde la empresa, en caso de tarifa especial, por el retraso en la entrega de la cosa, abonando todo ó parte del precio del transporte, y si, por causa del retraso, la cosa se deteriora ó avería, también debe resarcimiento por ello, ora sea la causa de la avería un hecho del porteador, ora la naturaleza de la cosa misma, por más que muchos sostengan lo contrario y no falten Tribunales que lo hayan sancionado.

Fidelidad conyugal y adulterio, por *L. Bridel (Bulletin mensuel de la Societé de Legislation comparée*, año 24, números 4 y 5, páginas 273 282).

Todas las legislaciones del mundo occidental imponen á los cónyuges, como una de sus principales obligaciones, la de la fidelidad; pero discrepan considerablemente en la manera de comprender esta obligación y de sancionarla.

La violación más grave de este deber y la única que puede dar lugar á una intervención legal, es el adulterio, y respecto de él las legislaciones modernas contienen una sanción civil y una sanción penal. La primera, consiste en ser el adulterio motivo de divorcio ó separación para el cónyuge inocente; la segunda, en una pena más ó menos grave.

Consecuencias civiles de la infidelidad.—El motivo más importante que puede alegarse para pedir el divorcio ó la separación es el adulterio, y la mayoría de las legislaciones modernas no establecen diferencias entre los dos esposos en este respecto, considerando la infidelidad del marido como causa de divorcio ó separación para la mujer, y la infidelidad de la mujer como causa de divorcio ó separación para el marido; pero algunas otras legislaciones sí establecen diferencias en favor del marido.

Digitized by Google

A. Países de desigualdad. El sistema del Código civil francés de 1804 era esencialmente de desigualdad, pues el marido podía pedir siempre la separación por el adulterio de su mujer, mientras que ésta sólo podía pedirla cuando aquél hubiera tenido la concubina en la casa común.

Un sistema análogo subsiste todavía hoy día en Bélgica, Italia, España y Portugal, siendo la desigualdad más pronunciada en Italia, y aun en España, que en Bélgica.

B. Países de igualdad. Consagran la más completa igualdad entre los cónyuges en este punto: Suiza, Austria (salvo para los Judíos), Alemania (excepto en el Gran Ducado de Baden), Holanda, Estados Escandinavos, Rusia, Rumania y Francia, desde la ley sobre el divorcio de 27 de Julio de 1884, que borró la desigualdad establecida por el Código civil de 1804.

Inglaterra ocupa una posición intermedia entre los países de igualdad y los de desigualdad, puesto que sanciona la igualdad cuando se trata de la separación de cuerpos, y la desigualdad cuando se trata del divorcio, exigiendo que el adulterio del marido vaya acompañado de ciertas circunstancias agravantes (bigamia, incesto, violación, sodomía, crueldad, abandono, etc.) para que pueda dar derecho á la mujer para pedir el divorcio.

Consecuencias penales de la infidelidad.— También aquí encontramos legislaciones que consagran la desigualdad entre los cónyuges y legislaciones que consagran la igualdad, con múltiples variedades provenientes de divergencias numerosas.

A. Países de desigualdad. Las legislaciones penales de Francia, Bélgica, Italia, España, el Tesino y Portugal establecen diferencia entre el adulterio de la mujer y el del marido, considerando aquél siempre como delito, y éste sólo cuando va acompañado de ciertas circunstancias agravantes, como el mantener la concubina en el domicilio conyugal. En Francia, además, el adulterio del marido sólo se castiga con multa, en tanto que en las demás naciones citadas se castiga con prisión como el de la mujer.

B. Países de igualdad. En los restantes pueblos de Europa se establece un tratamiento igual para el adulterio del marido y para el adulterio de la mujer, pudiéndose distinguir tres sistemas ó grupos de legislaciones: 1.°, el adulterio se considera como delito, ó sea como infracción punible, fuera parte de sus consecuencias en el orden civil; 2.°, el adulterio no se considera como delito, y por consiguiente, como sometido á la ley penal, sino cuando ha ocasionado el divorcio ó la separación de cuerpos; 3.°, el adulterio no se considera como delito nunca.

Siguen el primer sistema, Austria, Holanda, Rusia y la mayor parte de los Cantones Suizos. Siguen el segundo, Alemania, Hungría y algunos Cantones de Suiza. Siguen el tercero, Inglaterra, el Estado de Nueva York y el Cantón de Ginebra.

De todas las legislaciones penales citadas, la más desfavorable para la mu-

Digitized by Google

jer es la francesa, cuyas disposiciones en esta materia son inicuas é irritantes por su desigualdad. Valdría más volver al Código penal de 1791, que no conceptuaba el adulterio como delito, y si no se quiere hacer esto, debe seguirse el ejemplo de tantas otras legislaciones que tratan á los dos cónyuges de una manera igual.

Nos parece preferible la solución de 1791 y del derecho inglés, porque si se entabla la querella después de decretado el divorcio ó la separación, se trata sólo de una venganza retrospectiva; y si se entabla sin que ni el divorcio ni la separación hayan tenido lugar, entonces se ataca gravemente á la unión conyugal por la prisión de uno de los cónyuges á petición del otro, y no se comprende ya la vida común.

JERÓNIMO VIDA,
Catedrático de la Universidad de Granada.

Digitized by Google

NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS *

Di una nuova denominazione del cosidetto diritto internazionale privato e de' suoi effetti fondamentali, por *Eduardo Cimbali*. Segunda edición; Roma, Fratelli Bocca, editores, 1893. Un vol. de 111 páginas, 5 liras.

En esta misma REVISTA (Mayo-Junio, 1892) hemos ya expuesto y criticado las doctrinas fundamentales del autor en materia de Derecho internacional. El presente libro se inspira completamente en aquel sistema de ideas; por lo cual, en cuanto á los conceptos más generales dominantes en el mismo, damos por reproducido lo que á la sazón escribimos.

El asunto especial del folleto á que se refiere esta noticia es hacer la crítica de la falsa denominación del llamado *Derecho internacional privado* y de los errores y confusiones á que dicha denominación ha dado lugar, al propio tiempo que proponer otra denominación nueva, ó sea, *Derecho privado universal del extranjero* (en lo que toca á las relaciones civiles y mercantiles) y *Derecho penal universal del extranjero* (en lo que se refiere á las relaciones criminales). La materia del verdadero *Derecho internacional privado* cree el autor que es, no la que al presente se considera como tal, sino las relaciones privadas (civiles y mercantiles) entre los Estados, como tales Estados. Igualmente, cree que el *Derecho penal internacional* debe referirse á los delitos que unos Estados cometan contra otros y á las penas que por semejantes atentados se les impongan.

El autor pidió á los más eminentes jurisconsultos de Italia su parecer acerca de la innovación que proponía; algunos de ellos la aceptaron sin reservas, otros la aceptaron en parte y otros la rechazaron. Pues bien, en el libro que acaba de ver la luz se hallan expuestas todas estas opiniones, así como la contestación que Cimbali da á las no favorables á la suya.

---

* De todas las obras jurídicas que se nos remitan dos ejemplares, haremos un juicio crítico en esta Sección de la REVISTA. De las que versen sobre otras materias, pondremos un anuncio en la cubierta de las entregas.

Digitized by Google

Niccolò Pinsero.—**Il concetto di pena e la nuova scuola di diritto penale, con prefazione del prof. Ferdinando Puglia. Palermo, Nicolò Carosio, editore, 1892. Un vol de 407 págs., 5 liras.**

No se encuentra en este libro gran abundancia de ideas originales, pero sí cuantas indicaciones son precisas para darse cuenta de los problemas capitales de la ciencia penal, especialmente en los tiempos que corremos. Contiene noticias históricas muy apreciables acerca del concepto que se ha tenido de la pena en la antigüedad, en la Edad Media y en la época moderna, desde Beccaria hasta nuestros tiempos, principalmente en Italia. Expone el autor en un buen resumen, el origen, la filiación filosófica y la doctrina de la escuela de antropología criminal, valiéndose al efecto de los trabajos de los más acreditados criminalistas, que conoce con bastante exactitud, sobre todo los de su país. Acepta muchas ideas nuevas, mas no por eso deja de estar todavía influído por gran número de las antiguas, por cierto muy generalizadas, aunque erróneas, á mi juicio, como la que se contiene en el famoso é insostenible aforismo *nullum crimen sine lege*, la de la no retroactividad de las leyes penales, la de la interpretación restrictiva de estas mismas leyes, etc.

En una palabra, en el libro de Pinsero, no exento de defectos ni de errores doctrinales, hay bastante que aprovechar, y sobre todo, puede ser muy útil para el que, sin querer dedicar mucho tiempo á esta clase de estudios, desee adquirir los más necesarios datos acerca del estado presente de la ciencia penal, singularmente de la italiana.

***

R. Piccono della Valle.—**L'evoluzione del concetto dell' illecito penale. Torino, Fratelli Bocca, editori, 1893. Un folleto de 103 páginas, 2,50 liras.**

Este trabajo es semejante al anterior, aunque no tan completo ni tan importante: en pocas páginas condensa el autor la historia de la penalidad desde los primitivos tiempos hasta el día, tanto la historia de la penalidad en la vida real de los pueblos como la historia del concepto de la pena en los filósofos y tratadistas; expone en resumen y critica ligeramente algunos de los principios afirmados por la nueva escuela, y hace algunas indicaciones acerca del sistema penal de M. Tarde, que es el que más aceptable encuentra.

Como tesis doctoral, esto es, como primer ensayo de un escritor joven, puede pasar el del Sr. Piccono della Valle; pero para llegar á ser un trabajo serio y de cierta utilidad, le falta, en nuestro juicio, bastante.

***

Digitized by Google

Augusto Bosco.—**Lo studio della delinquenza e la classificazione dei reati nella statistica penale.** Roma, 1892. Un folleto de 50 páginas en 4.°

La solución de muchos problemas actuales de sociología criminal y de derecho penal depende en gran parte de la estadística. Mas, aunque en los últimos tiempos ha adelantado bastante esta ciencia, se han recogido bastantes datos y se ha dado un gran impulso á la organización del ramo en los principales pueblos civilizados, la verdad es que todavía queda mucho camino que andar para que dicha organización pueda considerarse perfecta y para que las inducciones fundadas sobre los datos recogidos en los varios paises puedan ofrecer una gran confianza.

El Sr. Bosco, en el excelente y erudito estudio que tenemos á la vista, pone perfectamente de manifiesto los defectos de que adolece hoy la recolección y compilación de los datos, y los errores á que aquellos defectos dan lugar, é indica al propio tiempo la manera cómo debe hacerse la clasificación de los delitos en las estadísticas penales para que éstas den resultados verdaderamente útiles.

***

M. Angelo Vaccaro.—**Le basi del diritto e dello Stato.** Un vol. (de la *Biblioteca antropologico-giuridica)* de XXXII-388 págs., en 4.°; 10 liras. Torino, Fratelli Bocca, editori, 1893.

A los lectores asiduos de la REVISTA DE LEGISLACIÓN no les es del todo desconocido Vaccaro, porque ya en ella se ha tratado de algunas de las opiniones de este autor, expuestas en los libros *La lotta per l'esistenza e i suoi effetti nell'umanitá* y *Genesi e funzione delle leggi penali;* opiniones que convendría se recordasen para darse cuenta y explicación de las teorías sustentadas en la obra que ahora nos ocupa. La cual puede muy bien decirse que no es otra cosa sino una exposición más sistemática, más detallada, más concienzuda, y el amplio desenvolvimiento de la teoría del autor acerca de la *Lucha por la existencia en la sociedad humana*, con el fin de poder hallar los suficientes *datos positivos* sobre los cuales fundar una *teoría general del derecho*. Aseméjase, por tanto, este libro á los que con el título de *Sociología* ú otros análogos han escrito en estos últimos tiempos diferentes autores, y es, como aquéllos, un arsenal abundantísimo de datos, que deben tenerse presentes para la elaboración de nuevas teorías sociológico jurídicas. Desde este punto de vista, el trabajo de nuestro autor es importante y representa una labor pacientísima y mucha lectura. Otra cosa es si se le considera bajo el aspecto que podríamos llamar filosófico, esto es, bajo el aspecto de la significación que los datos pueden tener, de las inducciones que sobre los mismos pueden fundarse y de las leyes generales que, en vista de ellos, habría lugar á for-

Digitized by Google

mular. En este punto, creemos que el libro de Vaccaro es en extremo deficiente y que deja bastante que desear; pues el autor, en vez de aprovecharse de las ricas investigaciones históricas y sociológicas que ha hecho, para exponer una teoría *general*, *positiva* y verdaderamente *sociológica* acerca del derecho y del Estado (teoría que, en efecto, no debe formularse con «silogismos abstractos», sino con «datos positivos»), se ha limitado á recoger materiales, para edificarla, y apenas si al final de su extenso libro hace ligerísimas consideraciones sobre el particular, á nuestro entender no del todo acertadas. Por ejemplo, lo que en el capítulo XII, núm. V, dice acerca de la *Génesis y evolución del Estado*, me parece á mí que, más bien que al Estado, es aplicable al *gobierno*.—En resumen, pues, la obra, muy recomendable como trabajo de investigación, hasta el punto de que puede tomarse como una síntesis de la historia de la humanidad, y muy recomendable también por el espíritu de justicia, de democracia y de altísimo ideal en que está inspirada, no lo es tanto por la falta de penetración que en ella se advierte para sacar el *substratum* de los hechos, y así formar una verdadera teoría jurídica. Por lo demás, este es achaque harto frecuente en las obras de la índole de la que nos ocupa; á menudo se prescinde de la elaboración crítica para tener en cuenta tan sólo los datos de hecho.

El pensamiento fundamental del libro, cuyo desarrollo forma el contenido de éste, es el siguiente: la adaptación es la ley general de la vida, tanto en los seres inorgánicos como en los orgánicos, antes bien, la vida no es otra cosa que un fenómeno de adaptación. Esto, que se dice de todos los seres, se dice también del hombre; sin embargo, la adaptación de éste al ambiente reviste una forma particular. La historia toda no ha sido otra cosa sino una serie de luchas que la humanidad ha venido realizando para adaptarse más y mejor cada vez al ambiente, tanto físico como social. En esta lucha secular, el hombre ha ido acumulando experiencias y ha adquirido un caudal de conocimientos mediante el cual ha aprendido qué es lo que en cada caso debe hacer para conseguir la adaptación y, por tanto, cuál es la conducta que debe observar tanto con las fuerzas orgánicas ó inorgánicas que lo circundan, como con sus semejantes, á fin de evitar la reacción, ora individual, ora colectiva de éstos. Los conocimientos (experiencias acumuladas) enseñan al hombre la manera cómo debe portarse con sus semejantes para adaptarse á vivir con ellos y no provocar reacción alguna son los que forman el derecho.

***

Digitized by Google

Tratado de Derecho político, por *Adolfo Posada,* profesor en la Universidad de Oviedo. Tomo I, *Teoría del Estado.* Madrid, librería de Victoriano Suárez, 1893. Un vol. de 400 págs., 5 pesetas.

De todas las notas bibliográficas que llevo publicadas en la REVISTA DE LEGISLACIÓN, y en otras, es ésta la que hago con más gusto; y la razón de ello no es otra que la de poder hablar por vez primera, con verdadera complacencia, de una obra española digna de figurar al lado—y en buena parte por encima – de las mejores extranjeras que yo conozco sobre la materia. No es que en España no se hayan producido algunas que merezcan calurosos elogios; es que hasta ahora no he tenido que dar mi opinión, en estas notas, sino sobre libros extranjeros, ó sobre españoles en los que siempre encontré pocos méritos. Con todo, la producción científica española verdaderamente seria (al menos en las ciencias jurídicas y sociales) es tan escasa, que pueden muy bien contarse por los dedos las obras de aquel carácter dadas á luz en los últimos tiempos. Por eso, cuando alguna como la del Sr. Posada llega á nuestras manos, no podemos menos de mirarla con grandísima simpatía y de considerar su aparición como un verdadero acontecimiento.

Según el plan que parece haberse trazado el distinguido profesor de Oviedo, su *Tratado de Derecho político* comprende dos partes: 1.ª *Teoría del Estado;* 2.ª *Derecho constitucional.* Esta última, que aun no está publicada, será, según dice el autor, una exposición crítico-histórica del *Derecho político contemporáneo,* ó lo que es igual, del *Derecho político comparado de los principales pueblos de Europa y América,* una teoría del *Estado constitucional,* algo análogo á lo que los alemanes llaman, siguiendo á Roberto Mohl, *Rechtsstaat,* esto es, *Estado jurídico.* La parte primera, que es la que acaba de ver la luz, es una exposición de la *Teoría general del Estado.* Está dividida en siete libros: I, *Concepto del Estado;* II, *El Estado político;* III, *Origen del Estado;* IV, *Naturaleza del Estado;* V, *Fin del Estado;* VI, *Actividad del Estado;* VII, *Forma del Estado.*

Como puede advertirse por esta indicación general de materias, el volumen primero de la obra del Sr. Posada se consagra á estudiar y discutir los problemas capitales referentes al Estado; aquellos problemas que preocupan hoy á los más ilustres tratadistas de filosofía política y de sociología, con preferencia á los que hasta poco tiempo hace venían absorbiendo la actividad de los escritores.

En esta discusión y estudio creo yo que el Sr. Posada ha dado muestra de varias cosas: *a)* de haber hermanado y juntado en uno los resultados más positivos y más ciertos, tanto de la moderna filosofía del Derecho, como de las investigaciones sociológicas, de las cuales, de una y de otra, tiene el autor un conocimiento exacto, seguro y perfectamente cimentado. El *Tratado* que nos ocupa es una prueba viva, real, elocuentísima, de que la indagación rigorosamente filosófica es compañera inseparable de la experimen-

Digitized by Google

tal, científica que se dice, de que ambas se necesitan y completan, lejos de repelerse, como muchos creen, y de que una y otra vienen poco á poco cooperando á conseguir un mismo fin, que es el de considerar la realidad y la vida toda, por tanto, la vida social, jurídica y política, de una manera orgánica. Ahora bien; en pocos libros se encuentran aunados, como en el del Sr. Posada, estos dos elementos; así que le cuadraría perfectísimamente, con toda propiedad, el título de *Teoría* ORGÁNICA *del Estado*, que ya otros publicistas han empleado anteriormente, aunque sin haber tenido en cuenta los estudios sociológicos, que en su tiempo apenas si se vislumbraban (con el carácter que hoy tienen, se entiende). Por el contrario, el Sr. Posada, el cual en otros escritos había demostrado estar al corriente de todo el movimiento sociológico moderno, se ha servido grandemente de sus conocimientos en la materia para hacer un libro que resulta por esto escrito, como se acaba de decir, de una manera verdaderamente *orgánica* y verdaderamente filosófica. Así ha podido escribir capítulos tan admirables y de un sentido tan elevado, tan irrebatible, tan impregnado de... *organicidad*, como los del libro II, algunos del IV, y el capítulo tercero del libro VI, ó sea el que trata de las *Funciones del Estado* (aunque en nuestro juicio, éste no tanto como los anteriores); así ha podido estudiar, por primera vez entre nosotros, y darnos á conocer, con gran competencia, teorías tan modernas y tan controvertidas como las de que trata en el libro III *(Origen del Estado)*—donde, dicho sea de paso, expone un punto de vista sobre el particular que me parece muy aceptable—y como las de que trata en el libro IV *(Naturaleza del Estado)*, á las cuales ha dado un desarrollo grandísimo, en comparación con el que se le da en los libros corrientes, y las ha sistematizado y engranado con las nuevas teorías sociológicas. Ahora, bueno es advertir que, en este estudio orgánico del Estado, el autor hace muy poco uso de la terminología de las ciencias naturales y de las comparaciones biológicas, lo cual es, ciertamente, de aplaudir, sobre todo por el abusivo empleo que de tales medios se ha venido haciendo en los últimos años.

b) De haberse colocado á una gran altura entre los tratadistas de Derecho político, ó si así puede decirse, de sociología política. A mi juicio, el libro del Sr. Posada es, no sólo muy superior á todo cuanto en España poseemos sobre la materia (al menos en cuanto yo conozco), sino superior también á lo que de ordinario ve la luz en el extranjero, y puede ponerse, sin temor á desmerecer en la comparación, al lado de las más celebradas obras de los autores contemporáneos sobre estos asuntos, como Woolsey, Stein, Gumplowicz, Holtzendorff, Orlando, Majorana, Leroy-Beaulieu, etc.

c) De haber sabido prescindir de ciertos prejuicios tradicionales, que ninguna función tienen que desempeñar en la ciencia, ni ningún beneficio reportan á ésta; antes bien, son una de las mayores rémoras para el progreso de la misma. El Sr. Posada enseña en su obra, con el ejemplo, cuál es el ca-

Digitized by Google

mino que hay que seguir para que la ciencia española merezca en el mundo culto alguna mayor consideración y aprecio de los que al presente merece.

También tiene sus lunares el libro del ilustrado profesor de Derecho político, aunque, á mi entender, éstos son bastante insignificantes si se comparan con sus grandes méritos. Los principales de aquéllos me parecen los siguientes:

1.° Para obra de texto (que es el carácter que el Sr. Posada ha querido darle, según se induce del *Preliminar* y de algún pasaje donde dice que tiene «carácter *didáctico*»), resulta demasiado oscura y muchas veces algo fatigosa, porque habiéndose propuesto el autor ser conciso y á la vez hacer partícipe al lector de sus muchos conocimientos y de todo lo que sobre cada punto considera como esencial, tiene la mayor parte de las veces que limitarse á hacer muy ligeras indicaciones y á contentarse con fugaces referencias á doctrinas y cuestiones que se supone conocidas, pero que desconocen en su mayoría los alumnos y los principiantes en general. Además, para esta clase de personas tienen que resultar algo enojosos la lectura y estudio del *Tratado* por lo que podríamos llamar *rigorismo técnico* del lenguaje. Claro está que esto, más que defecto de la obra de nuestro autor, debe ser considerado como un mérito, y achacarse el que de su lectura no resulte tanto provecho como debiera á la incultura general y á la falta de preparación científica de los lectores; pero lo cierto es que las cosas están así, y que mientras lo estén, hay que acomodarse á ellas.—En mi concepto, pues, el libro es excelente para quien tenga ya una base, no muy estrecha por cierto, de cultura filosófica, jurídica y sociológica; pero para quien (como sucede con la mayoría de los alumnos de nuestras Universidades) están desprovistos de una y otra casi por completo, tiene que resultar inadecuado. Sin embargo, la Universidad de Oviedo se halla en cierto modo en situación excepcional con respecto á las demás españolas, y es muy posible que, por la cooperación y la labor común de sus profesores, se consiga en ella lo que en otras es, si no del todo imposible, al menos dificilísimo.

2.ª Resulta cierta desproporción entre el desarrollo dado á algunas partes del *Tratado* y otras. Por ejemplo, las materias tocantes al *fin*, á la *actividad* y á la *forma* del Estado tienen un desarrollo notoriamente inferior al que alcanza las relativas al *origen* y á la *naturaleza* del mismo. Este defecto, que si lo es, no tiene tan sólo una mera importancia artística, que podría decirse de distribución *simétrica* del contenido, sino alguna mayor, se explica acaso por una razón psicológica é histórica, á saber: que hasta aquí ha venido dándose desmedida extensión ó se han ocupado exclusivamente los autores de Derecho político de las cuestiones de forma del Estado, del poder de éste, etc., descuidando las demás; el Sr. Posada, como algunos otros escritores, se ha quejado de este predominio y ha manifestado la necesidad de reaccionar contra él, y esta reacción se ha proyectado en su libro. Nada se pierde con

Digitized by Google

ello, es verdad, porque estas partes del *origen* y *naturaleza* (que él llama y que yo diría *elementos*) del Estado son las menos conocidas, precisamente por haber estado abandonadas; pero el desarrollo de las mismas no impedía que se hubiese dado un desarrollo paralelo también á las otras, en las cuales hay algunos puntos que merecían mayor esclarecimiento, como el de las *funciones* del Estado, que, no obstante estar tratado de un modo verdaderamente magistral, habría ganado mucho si el autor lo hubiese desenvuelto, no limitándose á hacer las indicaciones que hace, por ejemplo, respecto á la función administrativa como distinta de la ejecutiva y respecto á las importantísimas funciones de relación del Estado.

3.° A pesar de que el Sr. Posada insiste sobre ello en varios lugares, no he podido llegar á entender cuál es el Estado *ideal*, permanente, etc., que quiere definir, de que quiere hablar, cuyas funciones *esenciales* pretende determinar, porque aun cuando para formar su concepto dice que hay que tener en cuenta los Estados que han existido en la historia, sin embargo, ni el concepto que forma es el de ningún Estado histórico, ni es tampoco un concepto formado por generalización. Sobre este particular desearía yo mayores explicaciones del Profesor de Oviedo.

Termino esta nota, que se ha hecho bastante larga, no sin advertir que, lo mismo sobre este último punto del concepto *ideal* del Estado que sobre varios otros discutidos por el Sr. Posada en su notable obra, tendría bastante que decir, y no por cierto del todo conforme con lo que expone el distinguido Catedrático.

***

Principio della popolazione, libri III, di *Giuseppe Majorana*, prof. en la Universidad de Catania. Roma, Ermanno Loescher et C., 1891. Un vol. de 182 págs. en 4.°, 3 liras.

Los psicólogos é investigadores modernos han puesto fuera de duda el hecho de la herencia psíquica, moral y afectiva, como correlativo del de la herencia fisiológica, citando al efecto casos verdaderamente interesantes de transmisión á los hijos y demás descendientes de las actividades, energías y facultades de los antepasados. Hay así familias de músicos y de poetas, como las hay de locos, de criminales, de epilépticos, etc. Ahora bien; si la de los Majorana no es una familia *nacida*, podríamos decir, para el cultivo de las disciplinas que se llaman sociales, la verdad es que lo parece, y que para la ciencia resulta, afortunadamente, como si lo fuera. El ilustre hombre público de Italia, Salvador Majorana-Calatabiano, autor de trabajos importantísimos de economía y ciencia social, tales como el *Trattato di economia politica*, ha encontrado en sus hijos, Angel y José, continuadores dignos de su obra. Jóvenes, muy jóvenes todavía, ambos son ya conocidísimos en su país, y fuera de él

Digitized by Google

por sus lecciones como profesores de la misma Universidad donde su padre se distinguiera, y sobre todo por sus numerosas obras y escritos de sociología y derecho político y constitucional, el primero, y de economía, estadística y hacienda, el segundo.

De algunos libros de Angel he hablado recientemente en esta misma sección de la REVISTA; de los de José, especialmente de sus *Leggi naturali dell'Economia politica*, me he ocupado en el mío sobre *El positivismo en Italia*. Aquel con cuyo título se encabeza esta nota es el último que ha dado á la estampa el notable economista, y de él es del que vamos á decir cuatro palabras.

Como de citado encabezamiento se desprende, se ocupa el libro de la conocida teoría malthusiana relativa á la proporción y relaciones entre la población y las subsistencias, estudiando el problema como debe estudiarse, es decir, no bajo un aspecto meramente teórico y abstracto, sino en vista de los hechos, ó sea, en vista de los datos y resultados que ofrecen las ciencias experimentales, y principalmente la estadística. De esta última hace el autor frecuente uso.

La obra comprende tres libros, consagrados, el primero, á exponer las teorías y opiniones de los autores más notables acerca del principio de la población, comenzando por los predecesores de Malthus, y concluyendo por los contemporáneos, de los cuales hace un estudio detenido, mezclando frecuentemente en la exposición muchas observaciones críticas; el libro segundo es un estudio estadístico muy interesante del problema de la población, donde se exponen datos abundantes acerca del movimiento de ésta y de las subsistencias (población del globo, equilibrio de los sexos, matrimonios, nacimientos, defunciones, emigración, agricultura, industria y comercio, salarios, precio del pan, etc., etc.); por último, en el libro tercero estudia el problema referido á la luz de los principios filosóficos. Así, pues, podría decirse que el libro primero *(le dottrine)* tiene por objeto considerar el problema de la población en su evolución á través de la historia del pensamiento; el segundo *(dati statistici)*, sentar las bases positivas sobre que el autor trata de fundar sus inducciones y juicios, y el tercero *(la legge)*, estudiar el fenómeno en sí, con vista de lo que resulta de los datos anteriormente sentados y con vista de las opiniones filosóficas y económicas del autor.

De esta manera, el estudio *Principio della popolazione* es una monografía completa relativa á la materia.

Como es fácil colegir por lo dicho, donde la personalidad del autor se retrata más exactamente es en el libro tercero, puesto que los otros dos tienen un carácter predominantemente expositivo. En dicho libro tercero «La legge», ó sea *La teoría*, á vuelta de muy atendibles consideraciones biológicas referentes á la multiplicación de los hombres y de los medios de subsistencia, viene el autor á reconocer como exacta en el fondo la teoría malthusiana, puesto que confiesa que existe una *tendencia* á aumentar los hombres más rá-

Digitized by Google

pidamente que los medios de subsistencia (pág. 129), y aunque admite que consideraciones sociológicas pueden modificar y atenuar esta tendencia, sin embargo, cree que tales consideraciones no pueden llegar á alterar el orden biológico hasta el punto de hacer que los alimentos aumenten tanto, que excedan de la cantidad necesaria para mantener á los hombres. Tampoco cree admisible la hipótesis de que las subsistencias crezcan paralelamente á la población (130). Lo que sí afirma es que la población, no sólo tiende á crecer más rápidamente que los medios de subsistencia, sino que *efectivamente* crece (130-132) y que en el hecho hay exceso de población (151). Es más: este exceso es inevitable, subsistirá siempre, porque la ley de la población es inmanente y universal (178).

¿Se quiere una prueba más palmaria de que el autor es, aun con las muchas reservas que hace, un malthusiano?

Por lo demás, si no le hubiéramos visto defender las llamadas *leyes naturales económicas* en el libro consagrado al estudio de éstas, bastaría el que tenemos á la vista para colocarlo entre los fautores de las mismas, y por tanto, entre los partidarios del liberismo, adversarios de toda intervención del Estado. El mismo se clasifica entre éstos (pág. 158 de su libro). No obstante, ni él, ni ya hoy nadie, puede sustraerse á la poderosa corriente socialista que á todos—aun los que protestan contra ella—nos arrastra; por eso no puede menos de confesar que el problema de la población es actualmente, más que nada, una forma del problema social; que la *distribución* de la riqueza no se hace tan *equitativamente* como debiera; que además de los que directa é indirectamente cooperan á la obra de la producción, hay *intrusos*, que reciben *indebidamente* una parte del producto (pág. 160)... con otras muchas afirmaciones que cualquiera podría tomar como hechas por un socialista.

***

Les transformations du Droit, por *G. Tarde*. París, Félix Alcan, editeur, 1893. Un vol. (de la *Bibliotheque de philosophie contemporaine)* de 210 páginas 2,50 francos.

El nombre de G. Tarde es demasiado conocido entre los cultivadores de los varios ramos de ciencia social para que necesitemos recomendar la lectura de su último libro *Las transformaciones del Derecho*. Todo él está acusando, desde la primera hasta la última página, las cualidades características del autor de *La Criminalité comparée*, de *La Chilosophie pénale*, de *Les Lois de l'imitation*, de *Etudes penales et sociales* y de tantos otros trabajos publicados en diferentes revistas, principalmente en la *Revue philosopique*, de Ribot, y en los *Archives de l'antropologie criminelle*, de Lacassagne, y del cual han aparecido también y están apareciendo algunos escritos traducidos á nuestra lengua. Quién conozca, pues, todos los trabajos de M. Tarde, ó por lo menos algunos

Digitized by Google

de ellos (y todos los lectores de la REVISTA se encontrarán en este caso), hallarán en el que acaba de dar á la estampa el laborioso é ilustre Magistrado francés, la misma cultura filosófica y sociológica, y la misma brillantez de juicio que en todos los anteriores, y sobre todo en aquella perspicacia, aquella sagacidad, aquella penetracion y aquel atractivo que le son peculiares y que tan agradable hace la lectura de todo cuan escribe. M. Tarde es, en *Las transformaciones del derecho*, el mismo que en *La Criminalité comparée*: un hombre de ciencia, competente y culto, pero también un artista.

Mas forzoso es que digamos que en el libro que ahora nos ocupa se acentúa demasiado una nota que ha adquirido el espíritu del autor en estos últimos tiempos, y de que carecía allá por los años 85 y 86, cuando escribía sus notables artículos en la *Revue philosophique*. Esta nota es la de la hostilidad, más ó menos encubierta, hacia las doctrinas positivas, juntamente con cierto *parti pris*, que toca á veces los linderos de la obsesión, por sus famosas leyes de la imitación, como única clave para explicar los fenómenos de orden social, y aun los de cualquiera otro orden. Esto es lo que ha hecho que se hayan oscurecido bastante las notorias y apreciabilísimas condiciones de crítico de que M. Tarde se halla adornado, y que, en el propio *Arhivio* de Lombroso—de aquel Lombroso que llamó á la *Criminalité comparée* la crítica «más habil y profunda» que se había publicado en Europa acerca del *Uomo delinquente*—se haya dicho, no sin razón, del reciente libro del propio Tarde, que es «un trabajo lleno de vacilaciones, de dudas, de distinciones y argucias meticulosas, como hecho por un hombre que no teniendo el valor de oponerse resueltamente á la corriente de las nuevas ideas, trata de desnaturalizar el alto valor de éstas, llamando la atención del lector sobre accidentes y dificultades de importancia secundaria, cual si pretendiera convencer al lector de que errores particulares y particulares problemas, que aún no han sido resueltos, pudieran menguar el valor de leyes que ha confirmado de una manera luminosa el severo análisis de la evolución humana y social».

En efecto; este es el carácter de la crítica que el autor de *Las transformaciones del Derecho* hace de las leyes de la evolución jurídica: crítica menuda, parcial y de detalle, aunque ingeniosa y hábil. Por eso, sin negarle su mérito y sin negar tampoco la exactitud de muchas de las observaciones que hace—como, por ejemplo, que los modernos sociólogos se han precipitado á veces en sus inducciones y que han generalizado, sin datos bastantes, ciertos hechos—no podemos por menos de hacer nuestro el juicio que dejamos transcrito, y de añadir que, además de no ser una crítica fundamental ni voluntaria contra las leyes de la evolución, muchísimas de las obligaciones que contra éstas presenta no son menos gratuitas ni menos prematuras que las afirmaciones que intenta combatir.—Tan cierto es esto, que el propio autor se ve obligado alguna vez á confesar que sus consideraciones son *aventuradas*, que sólo las hace á título de *conjeturas*, y que, en muchos casos, está muy le-

Digitized by Google

jos de negar el valor de las inducciones de los sociólogos, combatiendo únicamente los *abusos* en la generalización (pág. 114) Lo cual, unido al reconocimiento que hace al principio del libro, de la necesidad de que el estudio del derecho se haga de una manera filosófica, como se hace ya el de la fisiología y mitología comparadas, el de la política, el de la moral, el de la estética, el de la economía política, etc., y al reconocimiento, hecho en el último capítulo, de que el derecho es una parte de la sociología, hasta para saber que M. Tarde no es un adversario resuelto y sistemático de las nuevas doctrinas, sino más bien un partidario tibio de ellas, un partidario de las mismas, en cuanto sus leyes de la imitación no se lo impiden.

El prurito de verlo todo á través de estas leyes es el que le ha hecho caer además en ciertos errores, como el de desconocer que uno de los factores de la evolución social, lo mismo que de toda otra evolución, son las circunstancias externas, el medio de que se desarrolla el germen. Por el contrario, para él evolución parece sinónimo de educción; sólo así se comprende que haya podido hacer gran parte de las observaciones del último capítulo de su libro.

En suma, el trasajo de M. Tande sirve, más que para convencer á nadie que las conozca, de la falsedad ó del error de las doctrinas de la filosofía jurídica moderna, para sembrar en el espíritu ciertas dudas respecto á algunos problemas particulares que á aquéllos se refieren.

Para concluir, diremos que la obra contiene siete capítulos, además de una introducción, y que en ellos pasa el autor revista á muchas cuestiones relativas á las esferas del derecho en que principalmente se ha hecho aplicación de los principios é inducciones de la sociología y antropología jurídicas, á saber: al *Derecho penal*, al de *procedimientos*, á la materia del Derecho civil: *personas, bienes, obligaciones*, al *derecho natural* y á las relaciones entre el *derecho* y la *sociología*.

PEDRO DORADO,
Catedrático de la Universidad de Salamanca.

Concepto técnico de la caducidad en asuntos contencioso administrativos. Su naturaleza y efectos, por el Licenciado *Andrés Segura y Cabrera*.—1 folleto. Habana, 1893.

Este folleto lo constituye un estudio anteriormente publicado en una revista (la *Revista general de Derecho)*. Su contenido es un examen muy detenido y hecho con buen espíritu del tema de su enunciado ó título. He aquí cómo el propio autor plantea su asunto: «La importancia que envuelven en todos los asuntos judiciales los efectos de la caducidad, la naturaleza misma de este concepto, obligan á tratarle en análisis, á fin de profundizar cada uno de sus extremos, en lo que al derecho se refiere, para armo-

Digitized by Google

nizarlos después y en conjunto exponer la tésis que sustentamos, pues creemos que es de verdadera utilidad el estudio de esta materia para nuestro foro: estudio que no por largo, y á riesgo de parecer difusos, debemos restringir, para cumplir así nuestro propósito.»

El folleto abarca luego las cuestiones siguientes: Etimología y concepto de la caducidad. Historia del régimen caducario. La caducidad en lo contencioso-administrativo. Caducidad del recurso. Caducidad de la demanda. Crítica de los sistemas.

ADOLFO POSADA,
Catedrático de la Universidad de Oviedo.

Alberto Membreño.—**Repertorio alfabético de la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de la Guerra.**—Tegucicalpa (Honduras), 1892.

Establecido en la República de Honduras en 1881 el Supremo Tribunal de Justicia, sentíase la necesidad de compilar en ordenado repertorio la doctrina sentada en sus fallos y diseminada en multitud de sentencias, publicadas durante el largo transcurso de diez años en el periódico oficial.

De otra parte, resultaba utilísima labor la de extractar también la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo de la Guerra, puesto que debe estimarse vigente la parte sustantiva del Código militar, y por ello la doctrina que con innegable autoridad consignase en sus acuerdos el citado Consejo Supremo.

Felizmente ha realizado ambas cosas el distinguido escritor jurídico señor Membreño. Su Repertorio responde cumplidamente, no sólo al deseo de satisfacer las diarias necesidades del Letrado para conocer sin gran pérdida de tiempo cuanto está vigente en materia de la acertada inteligencia del texto de las leyes, sino que mediante el cuotidiano manejo de su obra habrá de ahorrarse, no ya la molestia de consultar volúmenes enteros, sino la de formar juicio propio acerca de la doctrina legal que hubiera de extractarse de multitud de fallos esparcidos en las colecciones oficiales de sentencias.

Por ello estimamos utilmente práctico el ordenado y concienzudo trabajo que revela el *Repertorio de jurisprudencia* publicado por el laborioso jurisconsulto americano D. Alberto Membreño, acerca de la jurisprudencia vigente en la República de Honduras.

P. GONZÁLEZ DEL ALBA.
Magistrado de la Audiencia de Granada.

Digitized by Google

De algunos casos patológicos en Derecho hipotecario y sus afines, seguido de varios proyectos de reforma (primera serie), por *D. Antonio Aguilar y Cano,* Registrador de la propiedad. Madrid, 1893.

El Registrador de la propiedad de Estepa, Sr. Aguilar y Cano, es uno de los más inteligentes funcionarios de su clase; las oficinas de su Registro son modelo de estas dependencias oficiales; tiene dadas gallardas pruebas de su espíritu investigador, severo estilo y amor á los estudios históricos, con muchas y luminosas obras, y dando muestras de su constante laborioridad, de vez en cuando revela su competencia en las ciencias jurídicas, ya en artículos publicados en las más acreditadas Revistas profesionales, ya en trabajos de más empuje, como es el tomo que recientemente ha dado á la estampa, y que motiva esta breve noticia bibliográfica.

Su última obra lo es de relevante mérito; no sigue en ella el camino trillado por otros notables publicistas, de exponer con un método más ó menos nuevo y en forma doctrinal, uno de los múltiples aspectos que en su estudio ofrece el Derecho; es frecuente ver en estas publicaciones, salvo algunas notabilísimas, cómo se van esquivando las dificultades y los problemas de solución cuestionable; el Sr. Aguilar y Cano no los descarta, no los omite, antes al contrario, los busca, los escogita donde quiera que se hallan, los somete á un análisis profundo; señala las deficiencias que se notan en la práctica profesional, cuando los eternos principios del Derecho constituyente se traducen en preceptos del Derecho positivo; los afronta con valentía y cuando les ha encontrado soluciones científicas y viables, colecciona algunas de estas concienzudas disertaciones y resulta un libro, pero un libro lleno de doctrina y de valor inestimable.

Así han nacido los *Casos patológicos en Derecho hipotecario*; el autor examina la manera irregular con que en muchos ocasiones se enajenan por los viudos los bienes de la sociedad de gananciales, perjudicando los intereses legítimos de los causahabientes de la mujer; como ilegalmente, pero revestidos con las formas de derecho, se enajenan también los bienes de capellanías, eludiendo con sutilezas los procedimientos consagrados por la ley; plantea y desenvuelve en un bien meditado artículo el estudio de la naturaleza y efectos de las anotaciones de embargo, que han venido y siguen siendo un fecundo semillero de contiendas jurídicas; las oscuridades de la ley en lo relativo á la cancelación de los antiguos gravámenes; el medio que algunas personas utilizan para defraudar los honorarios por las certificaciones que expiden los Registradores de la propiedad; una crítica de altos vuelos y con gran sentido práctico acerca de la inspección y vigilancia de los Registros, tal como se viene ejerciendo; formas que ya se han empleado para evitar el cumplimiento del art. 1523 del Código civil, que establece el retracto legal de colindantes; anormalidades que puede ofrecer el impuesto sobre las utilidades en los préstamos; algunas atinadísimas observaciones sobre casos especiales de la

Digitized by Google

ley del Timbre y proyectos de reforma de todas las deficiencias anotadas en las páginas de la obra, donde se revela el estudioso jurisconsulto con sus envidiables condiciones de publicista. Tal es la materia de este libro original en extremo.

El Sr. Aguilar y Cano ha publicado la obra de referencia aprovechando su estancia en Madrid, á donde fué llamado de Real orden para prestar sus servicios en la Dirección general del ramo. Escritores jurídicos tan ilustrados y competentes como el Registrador de la propiedad de Estepa, merecen ser leídos, porque á sus trabajos esclareciendo las cuestiones difíciles de la hermosa ciencia del Derecho, llevan su profundo espíritu de observación y sus grandes dotes de comentaristas.

JOSÉ CONTRERAS.

De la división du travail social, par *Emile Durkheim*, encargado de un curso de ciencias sociales en la Facultad de Letras de Burdeos.— París, 1893. Félix Alcan, editeur. Un vol. en 8.º de la *Biblioteca de Filosofía contemporánea*; 7,50 francos.

En este libro se estudia la división del trabajo en todas sus manifestaciones. El autor demuestra que lo mismo los adelantos de la historia, que las creencias y las prácticas comunes, religiosas y otras, han perdido su fuerza y llegado á ser incapaces para asegurar la cohesión de las sociedades; que lo que establece la solidaridad entre los hombres, es la división creciente de las funciones sociales y la mutua dependencia que resulta de ella. Hace ver que esta solidaridad aumenta con la personalidad de los individuos, de suerte que la unidad del todo se refuerza al mismo tiempo que la individualidad de las partes; que socialismo é individualismo se desarrollan paralelamente. Pero esta solidaridad no es posible más que cuando las reglas jurídicas y morales fijan las relaciones de las funciones divididas.

El autor trata en este libro de las cuestiones que preocupan á la mayor parte de los moralistas y hombres de Estado: establece que las relaciones del capital y del trabajo reclaman una reglamentación, y que ésta debe tener por objeto hacer más iguales para todos los individuos las condiciones exteriores de la lucha. Las grandes transformaciones morales son explicadas mecánicamente, por los cambios que se producen en el medio social. El método es, por otra parte, puramente inductivo, y las pruebas de un orden exclusivamente experimental.

X.

Digitized by Google

INDICE

I.—Estudios generales y Filosofía del Derecho.

Páginas.

Fernández Prida (D. Joaquín).—Influencia del descubrimiento y conquista de América en el Derecho internacional..... 9

Buylla (D. Adolfo A.).—La cuestión obrera y las leyes.. 38 y 236

Costa (D. Joaquín).—Sobre reorganización del Notariado y del Registro de la propiedad..... 66

Kovalevsky (D. M.).—Cuadro de los orígenes y de la evolución de la familia y de la propiedad..... 206

Gómez del Campillo (D. Francisco).—Consideraciones sobre el derecho egipcio... 299

Soto y Ardid (D. José María).—Estudios sobre expropiación forzosa..... 567

II.—Derecho civil.

Morell (D. José).—Bienes reservables..... 126, 329 y 521

Zavala y Arellano (D. Luis).—¿Es válido el testamento cerrado que otorgó antes de la promulgación del Código civil una persona que no sabía leer y escribir, habiendo muerto después de promulgado?..... 447

Olivi (D. L.).—El Congreso jurídico de Florencia y la cuestión del divorcio..... 496

Admetlla y Balsells (D. J.).—Heredamientos..... 340

La Redacción—Código civil.—Jurisprudencia del Tribunal Supremo en las diversas cuestiones sometidas á su resolución... ..... 346 y 365

Longo (D. F.).—La acción contra el *fictus possessor* en el derecho civil romano é italiano..... 409

Porcel y Soler (D. J.).—Estudio sobre la patria potestad..... 490

Stolle Alvarez (D. Vicente).—Costumbres regionales ante el Código civil..... 553

Rignano (D. J.).—De las donaciones manuales á las Instituciones de Beneficencia..... 607

Digitized by Google

Páginas.

Rodino (D. L.).—Capacidad jurídica de las Sociedades de socorros mutuos no reconocidas, y en general, de las Asociaciones libres, lícitas en virtud de la Constitución..... 609

Bridel (D. L.).—Fidelidad conyugal y adulterio. 649

III.—Derecho mercantil.

Papa (D' Amico).—La literalidad en las obligaciones cambiarias y su principio histórico y económico 484

Pedregal (D. M.), **Rodríguez** (D. G.), **Canalejas** (D. J.) y **Ucelay** (D. E.).—Consulta de los accionistas de la Compañía de los ferrocarriles de Puerto Rico referente á sus derechos..... 265

Vidari (D. H.).—Si una Sociedad mercantil puede ceder su nombre á otros..... 405

Pipia (D. H.).—De la acción del portador de un «cheque», no pagado al vencimiento contra el librado, en los límites de la provisión..... 642

Giannini (D. J.)—Tarifas especiales, retrasos y averías en el transporte de mercancías por ferrocarril..... ... 646

IV.—Derecho penal.

Foinitsky (D. J.).—La doctrina de la codelincuencia..... 498

Gil Maestre (D. Manuel).—Estudios de Sociología criminal: el argot, caló ó jerga en sus relaciones con la delincuencia. 232 y 465

González del Alba (D. Primitivo).—Doctrina del Tribunal Supremo sobre los artículos 1 ° y 471 del Código penal vigente. 383

Calker (Dr. Van).—Sobre el límite entre derecho de defensa y estado de necesidad..... 392

Dorado (D. Pedro).—Problemas de Derecho penal..... 449

Rojas (D. Heliodoro).—Nuevo derecho sobre indemnizaciones.. 507

Herald (D. C.).—Observaciones sobre el principio jurídico de la pena utilitaria..... 604

V.—Derecho político.

Posada (D. Adolfo).—Procedimientos para la reforma de las Constituciones en los Estados modernos. 225

Fromageot (D. E.).—Sobre los poderes de las Comisiones políticas de información en Inglaterra..... 406

Minguzzi (D. L.).—Soberanía popular: soberanía del Estado .. 418

VI.—Derecho administrativo.

Longo (D. A.).—Las dificultades actuales del Derecho administrativo..... 488

Digitized by Google

Páginas.

Ugo (D. J. B.).—Reforma electoral en España..... 422
Ferrarini (D. Leopoldo).—Causas de la abstención electoral... 422

VII.—Derecho internacional.

Olivi (D. L.).—De la retroactividad de las reglas jurídicas en Derecho internacional..... 404

VIII.—Derecho procesal.

González del Alba (D Primitivo) —Doctrina del Tribunal de Casación, interpretando los artículos 655 y 733 de la ley de Enjuiciamiento criminal..... 140
Laspra (D. M.).—Competencia para conocer de los delitos electorales..... 152
Covian (D. Víctor).—Procedimiento civil de España: ensayos sobre sus reformas..... 159 y 590
Féraud-Geraud (D. M.).—Sobre los recursos de casación por violación de una ley extranjera..... 194
Pozzi y Gentón (D. Felipe).—De las cuestiones sometidas á la resolución de los jurados y preguntas á que habrán de contestar.—Doctrina del Tribunal Supremo..... 348 y 476
Rodríguez y Porrero (D. Zoilo).—Datos prácticos para la futura ley de Enjuiciamiento civil..... 373
Romero de Tejada (D. J. F. G.).—De la competencia del Tribunal del Jurado para conocer de los delitos de estrago 536

IX.—Literatura y bibliografía jurídicas.

Arias de Velasco (D. Jesús).—La volontà umana in rapporto all' organismo naturale, sociale e giuridico..... 445
Contreras (D. José).—De algunos casos patológicos en Derecho hipotecario y sus afines, seguido de varios proyectos de reforma..... 635
Dorado (D. Pedro).—La viduzione delle ore di lavoro e i suoi effetti economici..... 222
—— La filosofia del Diritto e la Sociologia..... 427
—— Il sistema deilo Stato giuridico..... 429
—— Il Diritto del più forte..... 431
—— La ley de Lynch en los Estados Unidos..... 433
—— La scienza del Diritto privato..... 437
—— Di una nuova denominazione del cosidetto diritto internazionale privatto e de suoi efetti fondamentali..... 622
—— Il concetto di pena é la nuova scuola di diritto penale..... 623
—— L'evoluzione del concetto dell'ilecito penale..... 623
—— Lo studio della delinquenza e la classificazione dei reati nella statistica penale..... 624
—— Le basi dei Dirito é dello Stato..... 624
—— Tratado de Derecho político..... 626
—— Principio della popalazione..... 629
—— Les transformations du Droit..... 634

Digitized by Google

Páginas.

González del Alba (D. Primitivo).—Historia jurídica de las diferentes especies de censos..... 218
—— Codigo de Comercio español.—Jurisprudencia y leyes extranjeras en materia de cambio..... 219
—— Exposición que la Academia de Jurisprudencia y Legislación ha dirigido á las Cortes sobre la urgencia de una profunda reforma en el procedimiento civil..... 220
—— Universidad de la Habana.—Sesión de clausura..... 324
—— Antropología criminal.—Congreso de Bruselas..... 437
—— Estudios jurídicos..... 441
—— Revista de Legislación y Jurisprudencia..... 441
—— La justicia municipal..... 442
—— Elementos de Derecho penal..... 442
—— De la irretroactividad é interpretación de las leyes..... 443
—— Reorganización del Notariado, del Registro de la propiedad y de la Administración de justicia..... 444
—— Repertorio alfabético de la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia y Tribunal Supremo de la Guerra. 634

Posada (D. Adolfo).—La derelizione in diritto romano..... 221
—— Proposte di riforma al Código de Comercio..... 222
—— Congresso internazionale di diritto maritimo di Genova.... 425
—— Discurso leído en la apertura de la Academia de Jurisprudencia y Legislación..... 425
—— Concepto técnico de la caducidad en asuntos contencioso-administrativos..... 633

P. U. (D. V).—Apéndice 2.° al Manual de la legislación del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, en forma de diccionario..... 447

Rodríguez de Cepeda (D. R.).—Traité de Droit naturel theorique et appliqué..... 223

Vida (D. Jerónimo).—Elementos de Derecho penal..... 214
—— Programa razonado de Derecho penal..... 216
—— Programa de Derecho penal..... 216
—— La enseñanza de la historia..... 217
—— Dei delitti contra la libertá..... 426
—— Die japanische Verfassung..... 427

X.—Variedades.

Azcárate (D. Gumersindo).—Necrología de Doña Concepción Arenal..... 5

La Redacción.—Las reformas de Gracia y Justicia..... 386

Posada (D. Adolfo), **Sánchez de León** (D. Juan) y **Vida** (D. Jerónimo). — Revista de la prensa jurídica extranjera..... 181, 213, 392, 417 y 601

Vida (D. Jerónimo).—Crónica..... 174 y 595

Digitized by Google

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

TOMO 83

Digitized by Google

ES PROPIEDAD

Quedan reservados
todos los derechos que marca
la ley.

Digitized by Google

REVISTA GENERAL

DE

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

FUNDADA POR

D. JOSÉ REUS Y GARCÍA

DIRECTOR

Excmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO

AÑO CUADRAGÉSIMOPRIMERO

TOMO 83

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
á cargo de J. M. Sardá
Ronda de Atocha, 15, centro

1893

Digitized by Google

OCT 9 1908

Digitized by Google

PROBLEMAS DE DERECHO PENAL *

7. En vista de lo expuesto, nos creemos autorizados para afirmar que el tan repetido principio ha sido, más que nada, una de las maneras con que en la época constitucional se ha reaccionado contra los abusos de las épocas anteriores de gobierno absoluto; una de las fórmulas mediante las cuales el individuo ha conseguido afirmar su personalidad, que en lo que se llama el *antiguo régimen* estaba, si no desconocida del todo, sí mutilada; en suma, una de las garantías constitucionales, una de las manifestaciones del derecho de libertad personal. En la actualidad conserva esta misma significación, aunque ya ha llegado á incorporarse también á la materia penal propiamente dicha y á la procesal; por eso, á la vez que figura en las constituciones (1), se ha consignado también en los códigos penales (2) y en los de enjuiciamiento criminal (3). No es, por

---

* Véase la página 449 y siguientes del tomo 82.

(1) Arts. 4.°, 5.° y 16, ya citados, de la Constitución española de 1876, correspondientes á otros análogos de otras Constituciones. V. la nota de la pág. 461 del tomo 82.

(2) V. la nota 3 de la pág. 454.

(3) «No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba á la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código ó de leyes especiales, y en virtud de sentencia dictada por Juez competente.» Art. 1.° de la ley española de Enjuiciamiento criminal, análogo á otros artículos de leyes extranjeras sobre la materia.

Digitized by Google

tanto, extraño que un renombrado penalista contemporáneo haya dicho recientemente que «por paradógico que pueda parecer, *el Código penal es la magna carta del criminal*. Dicho Código *no protege al orden legal ni á la sociedad, sino al individuo que se coloca en rebeldía contra éstos*. Garantízale el derecho de no ser castigado más que en las condiciones y dentro de los límites legales. El doble adagio: *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege*, es el antemural del ciudadano contra la omnipotencia del Estado, contra la omnipotencia ilimitada de la mayoría, contra el Leviathan» (1). Así se explica también que algunos criminalistas de la escuela antropológica se hayan creído obligados á oponer al eterno principio *pro reo* el principio *pro societate*, es decir, el principio de la defensa y de la conservación social, y á reclamar contra las *leyes protectoras del delincuente* (2) y en favor de las leyes protectoras de la sociedad. De esta reacción, que se viene manifestando también en muchos escritores que no pertenecen á la nueva escuela positiva, tendremos ocasión de hablar más adelante. Baste por ahora con decir que aun ha de tardar mucho tiempo en obtener triunfo, porque para ello precisa cambiar totalmente el concepto de la pena y considerarla, no como un *mal*, que es como hoy predominantemente se la considera y como se la considerará Dios sabe hasta cuándo, sino como un *bien* real y efectivo, aun para el mismo individuo que la sufre.

8. Ahora, claro es que, dentro de la concepción á que se alude, de la pena como un puro mal, que se impone al individuo causante de otro mal, en justa retribución y expiación, el hecho de consignar en las Constituciones y en los Códigos penales y procesales el principio *nulla pœna sine lege*, fué una verdadera conquista. ¡Abusaban tanto y de tal manera del ciuda-

(1) F. von Liszt, en la ponencia presentada al cuarto Congreso de la *Unión internacional de derecho penal*. V. esta ponencia en el *Bulletin de l'Union*, vol. 4.°, págs. 128 145.

(2) Como las llama Garofalo. V. su *Criminología*, tercera parte, cap. 3.°

Digitized by Google

dano los antiguos poderes; oprimíanle tan fuerte y á menudo tan caprichosamente, que cuando pudo asentar su personalidad, consideró á ésta como un derecho innato, absoluto, inviolable, y consideró así bien como inviolables, absolutos é innatos cuantos derechos emanaban de dicha personalidad, ó mejor, cuantas condiciones eran indispensables para que ésta fuese respetada en toda su integridad! De poco servía que se hubieran reconocido todos los que se llamaron derechos del hombre y del ciudadano, si los Jueces hubieran podido, como antes, detener, encausar, imponer penas á su talante, sin la menor limitación legal.

Antes de que la Revolución francesa, recogiendo y traduciendo el espíritu individualista de la segunda mitad del siglo pasado, consignara, en su famosa *declaración de derechos*, en la Constitución de 1791 y en el Código de 3 brumario, año IV, el principio de que nadie pudiera ser procesado ni sentenciado sino en los casos, en la forma y con las penas de antemano previstas y fijadas en la ley, los Jueces y Tribunales podían procesar y penar á su arbitrio. Las penas, por tanto, lejos de ser *legales*, como desde entonces lo fueron, y como luego han exigido que lo sean los criminalistas, eran *arbitrarias*. «Los Jueces, dice Garraud, podían, en general, incriminar por sí mismos ciertos hechos que la ley no había previsto, y aplicarles, á su elección, aquellas penas que les parecieran convenientes, de entre las establecidas por los usos ó por las ordenanzas. En este sentido es en el que nuestros antiguos criminalistas decían: *Las penas son arbitrarias en este reino*» (1). Boitard afirma que el derecho penal posterior á la Revolución es casi enteramente nuevo y distinto del anterior á 1789, y que una de las principales novedades consiste en haber suprimido «la inmensa, espantosa *arbitrariedad* que reinaba en la penalidad antigua» (2).

(1) Garraud, ob. cit., I, pág. 164.

(2) Boitard, ob. cit., págs. 1-2. «Antes de 1789, se notaba en el derecho penal, de un modo bastante más sensible y bastante más lamentable que en las

Digitized by Google

De esta arbitrariedad en la aplicación de las penas da plenamente prueba el siguiente párrafo de Pothier: «Á veces se añaden unas penas á otras (por la voluntad de los Jueces). Hace algunos años, el Tribunal condenó á un parricida de este país á ser enrodado y después arrojado al fuego vivo. En ocasiones se añade á la pena de muerte la de dar una satisfacción, la de cortar la mano ú horadar la lengua. Con frecuencia se manda también que el que está condenado á muerte sea previamente sometido á interrogatorio, á fin de obligarlo á revelar sus cómplices» (1).

Precisamente para cortar estos abusos y para garantizar al ciudadano contra la ilimitada arbitrariedad judicial, es para lo que se consignó como un precepto constitucional, penal y procesal el principio de que no hay más fuente de derecho que la ley en materia criminal y que ni podían perseguirse más delitos que los taxativamente fijados en el Código, ni imponerse otras penas que las establecidas en éste, ni encausar y sentenciar á nadie sino en los casos y con las formalidades prescritos por las leyes.

9. La situación en que se encontraba Francia en esta materia, á la época de su revolución, era general en Europa. Por eso, el ejemplo suyo cundió rápidamente, y muy pronto se fueron promulgando en los demás países constituciones y códigos inspirados en el mismo espíritu. Tal ocurrió también en España.

---

demás ramas del derecho, la carencia de reglas, de fijeza, de uniformidad, ora en lo que respecta á la naturaleza y á la aplicación de las penas, ora en lo que toca á las reglas de la instrucción, ora en lo que se refiere á las materias que forman hoy el objeto de nuestro Código penal, ora en lo que hace á aquellas otras que encontramos desarrolladas en el Código de instrucción criminal.» Id., loc. cit.

(1) Pothier, citado por Boitard. «He aquí, añade este último, un agermanamiento de penas, una duplicación de suplicios aplicados sin ley alguna, sin ninguna autoridad legal, en virtud de la pretendida omnipotencia parlamentaria, cuyos peligros se dejan sentir de una manera evidente, sobre todo en esta materia.» Boitard, ob. cit., pág. 4.

Digitized by Google

Todavía á principios de este siglo—cuarenta años después de haberse publicado el libro de Beccaria y cuando hacía ya mucho tiempo que en otros pueblos había comenzado el movimiento de reforma del derecho penal, por obra de los mismos reyes (1)—estábamos nosotros rigiéndonos por la legislación penal de las Partidas (2). «Todos los absurdos—dice Pacheco—, todas las crueldades que distinguían nuestra legislación criminal de hace seis siglos, todos ellos han llegado, en su completa crudeza, hasta el siglo presente. El tormento sólo se ha abolido por las Córtes en 1812 y por el Rey Fernando en 1817. La confiscación también se ha abolido únicamente por las mismas. Los azotes, la marca, la mutilación estaban aún vigentes, y todos hemos visto aplicar la primera de estas tres penas: si no se usaban (que lo ignoramos) las otras dos, efecto era de la arbitrariedad judicial, ese otro singular dogma de nuestras modernas leyes criminales. La pena de muerte seguía aplicada á los que robasen en cualquier parte del reino cinco ovejas ó valor de una peseta en Madrid; y en este punto no sólo estaba la aplicación en las leyes, sino que pocos años ha se ejecutaban éstas con una severidad draconiana. La sodomía y la herejía eran también crímenes mortales, y las hogueras de la Inquisición se han encendido más de una vez para los judaizantes y hechiceros» (3).

Tal era la dureza de nuestras leyes penales á principios de este siglo, según uno de nuestros primeros criminalistas, con el que están conformes todos los demás.

Ahora, cabalmente esta dureza y crueldad de las leyes fué lo que hizo necesaria la arbitrariedad judicial, contra la que después se ha reaccionado demasiado bruscamente. «Conse-

(1) Como Federico II de Prusia, Catalina II de Rusia, José II de Austria, Carlos II de Nápoles, Leopoldo II de Toscana, Luis XVI de Francia, etc., con sus respectivos ministros.

(2) Que bien puede decirse ha estado vigente hasta la promulgación del Código penal de 1848.

(3) Pacheco, *Comentarios*, sexta edic., tomo I, 1888, introducción, págs. 44 45.

Digitized by Google

cuencia fué de todo esto—dice el Sr. Vicente y Caravantes—la necesidad de sustituir una legislación inejecutable, como contraria á las ideas dominantes, por la práctica judicial, la que graduando la pena sin atender al texto de la ley, establecía un sistema de penalidad *arbitrario, dependiente del criterio de los Tribunales, exponiendo á los ciudadanos á la malicia ó á la ignorancia de los juzgadores,* y falto de la suficiente garantía que comunica la autoridad del legislador» (1). Y Pacheco escribe, por su parte: «Cuando llegó un momento en que no sólo la conciencia común se sublevó contra el sistema de sus leyes, sino en que muchas de éstas fueron materialmente inaplicables, por los cambios ocurridos en toda la faz de la sociedad, entonces el legislador tomó el partido más breve y más sencillo, y dejando de buscar y de señalar él la pena que correspondiese á cada crimen, autorizó á los Tribunales para que prudencial, esto es, *arbitrariamente,* impusiesen el castigo ó corrección que creyesen más adecuado ó más merecido, según la índole y la naturaleza del delito que se les presentara».

«Y después de todo, añade el propio Pacheco, esa arbitrariedad misma erigida en sistema, dulcificando hasta cierto punto los más crudos castigos de las antiguas leyes, aplicando en medio de su barbarie el contrapeso del buen sentido y de la humanidad, servía de lenitivo á la inmensidad de sus males y hacía más llevadera su subsistencia. La arbitrariedad, que es en este punto la injusticia y el desorden, era, sin embargo, un bien, como correctivo de otra injusticia mayor, de la barbarie del precepto» (2).

Por donde se ve que la arbitrariedad judicial, introducida en el siglo XVIII como medio de templar la dureza de las leyes penales, fué en su tiempo un verdadero progreso. «¡A tal punto

---

(1) Vicente y Caravantes, *Apéndice* al epilogo de la obra de Du Boys, *Historia del derecho penal de España;* Madrid, 1872, pág. 549.

(2) Pacheco, loc. cit.

Digitized by Google

de confusión se había llegado, que aquélla, un mal, era remedio de otro mayor mal, y que sin lo vago y anárquico, lo fijo y lo permanente se habría encontrado insoportable!» (1).

Pero las ideas dominantes en España—como en el resto de Europa—al finalizar el siglo anterior y dar principio el presente no consentían que pudiera seguir reinando dicha arbitrariedad judicial. Se habían consignado las garantías y derechos de los ciudadanos en todos los órdenes, y no era posible dejarlos sometidos en el orden penal al constante peligro de «la ignorancia ó la malicia de los juzgadores». Había, pues, que cortar radicalmente la posibilidad del abuso y del capricho; había que impedir que los Jueces se convirtieran en legisladores; que castigasen otros hechos fuera de los taxativamente comprendidos en el Código, y que hicieran uso de otros medios penales que los admitidos en éste. Tal es la función que vino á desempeñar el tan repetido principio *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege,* establecido y sancionado, como se ha visto, en todos los códigos y constituciones de los principales países, de una manera tan segura y tan definitiva como no lo había estado jamás (2).

10. Pero las ideas han cambiado muchísimo en los últi-

---

(1) Pacheco, loc. cit.

(2) Algunos autores creen, sin embargo, encontrar ciertos precedentes á este principio en el Derecho romano, citando al efecto los conocidos aforismos: *Pœna non irrogatur nisi qua lege, vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est; Facti quidem quæstio in arbitrio est judicantis, pœnæ vero persecutio non ejus voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur; Ubi non est lex nec prævaricatio; Moneat lex priusquam feriat,* y otros análogos; pero sobre que en el mismo Derecho romano se olvidaron estas máximas, según advierten varios tratadistas, hay quien dice que aquéllas no pasaron de ser meras declaraciones platónicas, sin el valor que hoy tiene en las legislaciones el principio de que se trata, y hasta hay quien asegura de una manera resuelta que «ni el Derecho romano ni la Carolina reconocieron este principio». Rauter, ob. cit., pág. 124, nota. Véase también Arabia, ob. cit., pág. 79 y los autores citados en la nota 4 de la pág. 452.

Digitized by Google

mos años; y este cambio, que ha transformado completamente, puede decirse, todas las ciencias jurídicas y sociales, y amenaza transformar la legislación, no puede menos de transcender al orden penal. Pasado ya el tiempo en que al legislador, ó mejor dicho, al Poder legislativo se consideraba como el único creador del derecho y en que se estimaba á la ley como la expresión exclusiva de éste, es ya imposible sostener que sólo es punible lo que la ley castiga, y que es lícito y permitido todo lo que la misma no prohibe. Ante las afirmaciones absurdas, pero lógicas (dado su criterio abstracto y erróneo), de los anteriores criminalistas, de que por inmorales y antisociales que los actos fuesen, no podían ser considerados como delitos mientras no se hallasen prohibidos por la ley, y al contrario, que acciones perfectamente morales y buenas podían castigarse por delictuosas cuando así lo hubiere dispuesto el legislador, comenzaron á pararse determinados autores, y, ó negaron rotundamente que fuese delito todo lo que como tal estuviera comprendido en el Código, ó afirmándolo, añadieron que el legislador, al establecerlo, debía atenerse á lo que ya de antemano fuera justo, esto es, á lo que como tal estuviera reconocido por el derecho natural, por la conciencia nacional, etc. Es verdaderamente curioso el esfuerzo que algunos tratadistas hacen por romper el círculo de hierro en que se meten, al decir, por un lado, que no hay más delitos que los que como tales están comprendidos en el Código *(nullum crimen sine lege)*, y por otro, que el Código no debe comprender más actos delictuosos que los que *per se* lo sean.

Rossi, por ejemplo, apela á la distinción entre la teoría y la práctica, y dice que la concepción que del delito tienen Bentham y su escuela, á saber: todo acto probibido por la ley, ó toda infracción de la ley penal, puede ser suficiente para servir de guía á los jurisconsultos prácticos, y á todos los hombres, como regla ordinaria de conducta legal; pero de ninguna manera puede serlo para la teoría, la cual reclama una definición sacada de la *naturaleza de las cosas*, una definición verda-

Digitized by Google

dera, *en todo ti mpo y lugar* (1). Así que mientras que, para la teoría, es la primera condición del derecho punitivo «la realidad moral del hecho punible, del delito *en sí*», y el elemento esencial de éste consiste en la «violación de un deber para con la sociedad ó sus individuos» (2), para la práctica, en cambio, se necesita que el acto de que se trata esté prohibido y penado por una ley *positiva*. «Nadie puede ser sometido con *justicia* á una punición legal si no ha podido tener conocimiento de la ley moral que viola y del mal social que proviene de su infracción; pues el hombre es *absolutamente* libre de hacer todo aquello que la ley moral no prohibe; y *con respecto al poder social*, es *igualmente libre* de hacer todo lo que no cause lesión al derecho POSITIVO de otro (3).

Adviértese en esta doctrina, entre otras cosas, todas muy discutibles, lo siguiente: *a)* Que las necesidades de la práctica son, según el autor, muy distintas que las de la teoría, y que el concepto del delito que puede satisfacer las de la una no es bastante para satisfacer las de la otra (4). *b)* Que á pesar de

---

(1) Rossi, ob. cit., tomo I, lib. 2.°, cap. 1.°, págs. 240 y sigs.

(2) Idem id. id.

(3) Idem, tomo II, lib. 4.°, cap. 1.°, pág. 350.

(4) ¡Como si la teoría fuera otra cosa que una mera generalización de los fenómenos de la vida, esto es, de la práctica, y como si la fuente de una y de otra no fuera exactamente la misma, á saber: la realidad! Teoría y práctica son, respectivamente, el conocimiento y la realización de un mismo orden de hechos, y en nuestro caso, el conocimiento, adquirido mediante indagación real y viva, de lo que es el delito, y el obrar y comportarse de conformidad con lo anteriormente indagado. ¿De qué servirían, en otro caso, las indagaciones científicas? ¿De qué aprovecharían los progresos que la ciencia (que no es otra cosa, repetimos, que el conocimiento de la *realidad)* hiciera si el jurisconsulto práctico—como dice Rossi—no pudiera hacer uso de ellos? ¿Es posible que haya un delito *en sí*, sobre el cual se entretendrán en discurrir los jurisconsultos *teóricos*, y otro delito meramente legal, que será el que habrán de tener en cuenta los jurisconsultos *prácticos*, sin que entre uno y otro haya *identidad esencial* ni acaso conexión alguna? No negamos que la posición en que Rossi se coloca en esta materia es bastante común entre los

Digitized by Google

que *todo* delito, para serlo, requiere tener un elemento esencial, que consiste en la *violación de un deber;* y por tanto, el delito es tal *antes* de que lo comprenda, prohiba y castigue la ley, y *aun cuando* ésta no lo castigue ni lo prohiba, sin embargo, según Rossi, el hombre puede *lícitamente* realizar hechos que sean *per se* delictuosos, con tal de que no los haya prohibido la ley, porque «es *absolutamente libre de hacer todo lo que no cause lesión al derecho* POSITIVO *de otro*». «Es muy cierto—añade el propio autor—que ha habido leyes penales que, en vez de confirmar la ley moral, en beneficio del orden público, han prohibido el bien y ordenado el mal. Pero, porque el poder social no se haya siempre acomodado, al dictar la ley positiva, á las reglas de lo justo (1), ¿ha de poderse concluir que tenga derecho á guardar silencio, y á castigar, no obstante, en cada momento, los actos que estime conveniente reprimir? Entonces, cada punición sería una ley sobre un caso especial, y no pudiendo los ciudadanos contar para lo sucesivo con la bondad de los fallos, perderían toda clase de *seguridad*, no teniendo certeza alguna de ver que uno solo de sus actos habrá de quedar sin castigo» (2). *c)* Que todas las afirmaciones que el autor hace están influídas por los perjuicios doctrinales que en su tiempo dominaban y que aun hoy tienen bastante fuerza, pero que poco á poco van perdiendo su imperio; tales, por ejemplo, como el de la inmutabilidad de los principios morales, el de la distinción entre ley natural, absolutamente justa, y ley positiva, de relativa justicia, dependiente de las circunstancias de lugar y tiempo, etc.; prejuicios que, naturalmente, obligan

---

autores; pero, á nuestro juicio, es insostenible, como en el texto procuraremos demostrar.

(1) *Anterior,* por tanto, á la ley positiva.

(2) Véase aquí una nueva confirmación de lo que más atrás hemos dicho, esto es, de que el principal motivo inmediato de la existencia del principio *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege,* es la preocupación individualista de poner la libertad y la seguridad de los ciudadanos á cubierto de las asechanzas y violencias abusivas de los poderes.

Digitized by Google

á suponer la existencia de un delito *absoluto, en sí, independiente de lugar y tiempo*, y un delito *relativo, variable, creado por el legislador*, é impiden concebir todo delito como un *fenómeno social, producto exclusivo de las circunstancias que en un momento determinado* rodean á la sociedad en que se comete, al individuo que lo realiza, etc.

11. En una posición análoga á la de Rossi se coloca Carrara. Cuando, para justificar su definición del delito como «la infracción de la *ley del Estado promulgada*, etc.,» se hace cargo de las observaciones de Franck acerca de la materia (1), dice: «Reconocemos la verdad de estas observaciones, pero por eso hemos dictado francamente los preceptos á que debe someterse el legislador en el ejercicio de la alta misión que le compete, de determinar qué acciones serán delitos en la ciudad (país) que el mismo gobierne. Hemos dicho que si el legislador, al dictar sus prohibiciones, conculca estos preceptos, comete un abuso de

(1) «Adviértese inmediatamente—dice Franck—el vicio ó la insuficiencia de tales definiciones para quien busca una regla tomada á la *naturaleza de las cosas*. Dar el nombre de delito á todo lo que es una infracción de la ley penal, es un círculo vicioso, porque es tanto como decir que una acción punible ó digna de castigo es la que de hecho está castigada por la ley; es tanto como decir que el opio hace dormir porque tiene una virtud dormitiva... Delito, decís, es lo que está prohibido por la ley. Pero ¿qué es lo que la ley debe prohibir? Esta es la verdadera cuestión; pues si esta cuestión no se resuelve, el bien ó el mal, lo que es inocente ó culpable, depende enteramente del capricho de los hombres y del arbitrio de los legisladores. Por otra parte, todo lo que la ley prohibe está obligada á castigarlo, pues de otro modo, como se halla privada de sanción, es completamente ineficaz. De manera que nos vemos reducidos como antes á esta proposición desprovista de sentido: hay que considerar como punibles todas las acciones que están amenazadas de un castigo; hay que considerar como criminal todo lo que está incriminado, por cualquiera poder y por cualquiera legislación.» *Philosophie du droit penal*, 3.ª edic.; París, 1888, segunda parte, cap. 1.°, págs. 94 y 95. Franck, sin embargo, no se libra de la contradicción que critica en los demás autores y que él se propone evitar, y no se libra precisamente por querer encontrar un concepto inmutable y absoluto del delito, una regla fundada en la *naturaleza de las cosas*.

Digitized by Google

poder y su ley es injusta. Aceptamos, pues, estrictamente las verdades que proclama la escuela filosófica, y *estamos muy lejos de admitir que el ser ó no ser una acción delito dependà de sólo la ley humana.* Al definir el delito «la violación de la ley promulgada», hemos presupuesto que esta ley haya sido dictada *conforme con la suprema ley natural jurídica.* Pero al dar dicha definición no hemos podido preterir la idea de la ley promulgada, porque los principios de la ciencia deben servir de norma, no sólo al legislador, sino también al Magistrado. Ahora, si de la definición del delito suprimís la idea de la ley promulgada, venís evidentemente á estas dos consecuencias: que al ciudadano le falta la regla escrita de la propia conducta y que el Magistrado se convierte en legislador. Definid el delito «la violación de un deber social», ó con Franck, «cualquier ataque á la seguridad ó á la libertad, ora de la sociedad, ora de los individuos», y decidme si en vista de esta definición, el atribuir en los casos concretos á una acción el carácter de delito no viene á dejarse enteramente abandonado al *fluctuante arbitrio del Juez.* Nuestra definición considera en el delito su última condición, esto es, la prohibición de la ley de la ciudad. Esta prohibición podrá ser *buena* ó *mala, justa* ó *injusta*; mas siempre resultará como hecho jurídico que en aquella ciudad es delito el *infringir tal prohibición.* Al contrario, sin ley que prohiba será siempre *injusto* ver un delito *civil* en una acción, *por perversa* y *nociva que sea* y por merecedora que sea, frente al orden natural y jurídico, de ser elevada á delito. Si se buscase la *mera definición filosófica* del delito, en este caso, nosotros suscribiríamos á la definición de Franck» (1).

Como se ve, Carrara distingue, lo mismo que Rossi, un delito verdaderamente tal, que lo es por su esencia y que consiste en la infracción del orden natural jurídico, y un delito que él llama *civil*, ó sea la infracción de la ley promulgada en el Estado. Poco importa que el primero se cometa; como no se halle

(1) Carrara, ob. cit., tomo I, págs. 75 y 76, nota.

Digitized by Google

prohibido y castigado por la ley positiva, los Magistrados no podrán perseguirlo. ¿Por qué? Porque de hacer lo contrario, la determinación de cuándo un acto debía estimarse como delictuoso y cuándo no, quedaría á merced del *fluctuante arbitrio judicial*, y de esta manera correría peligro la libertad y la seguridad de los ciudadanos (1).—Además, Carrara, que encuentra aceptable la definición de Franck como definición *filosófica*, no puede aceptarla desde el punto de vista que podríamos llamar de aplicación. Donde se ve que cae en el mismo error que Rossi, de separar la ciencia y la práctica, y de estimar que lo que es verdad para la primera no lo es para la segunda, y al contrario.

12. Por último, para sólo contraernos á algunos de los más renombrados penalistas, queremos indicar la manera cómo Pessina resuelve la cuestión, mejor dicho, trata de resolverla, porque dado el punto de vista en que se coloca, lo mismo que los anteriores, es, á nuestro juicio, insoluble.

Por de pronto, para él no puede haber delito legal, esto es, verdadero delito, sin violación de la ley positiva (2). Pero tam-

---

(1) Esta es siempre la razón que inspira á los autores para defender el tan conocido y repetido principio. Mas no se advierte que por librar al ciudadano del arbitrio judicial, se le entrega al arbitrio del legislador. Cierto es que Carrara dice que el legislador debe, al determinar los actos que hayan de considerarse como delitos, atemperarse á ciertos preceptos, y que si no lo hace, comete un abuso de poder y la ley que dicta es injusta. Mas ¿por qué no se dice lo mismo del Juez? ¿O es que éste al aplicar las leyes no debe también acomodarse á los preceptos de justicia? La función de interpretar y aplicar las leyes, que al Magistrado corresponde, ¿es, acaso, tan fácil que pueda convertirse en una función enteramente mecánica? Y por mucho que el legislador pretenda poner trabas al Juez, ¿llegará nunca á imponerle tantas, que le imposibilite en absoluto para cometer injusticia, *como él quiera cometerla?* Por otra parte, ¿quién es el que ha de dictar los preceptos y señalar los límites dentro de los cuales ha de contenerse el legislador al hacer las leyes? ¿Y quién es el que ha de decir si se ha acomodado ó no á ellos, y por tanto, si ha cometido un «abuso de poder» y si «su ley es injusta»?

(2) Esta afirmación se encuentra repetida en muchos pasajes de su obra. «No basta, por lo tanto, decir que el derecho ha sido violado para que se dé

Digitized by Google

poco puede aquietarse ante la idea de que sea delito todo lo que la ley prohiba y castigue, esto es, ante la idea de que la ley sea la que cree los delitos, sino que ésta sólo puede y debe comprender los que ya lo sean de antemano. Ahora, la conciencia nacional es quien ha de decir al legislador cuáles son las acciones que debe considerar y castigar como delitos (1).

Acerca de esta teoría, que el autor desarrolla con mucha extensión, podríamos hacer largas consideraciones; pero hemos de contentarnos con apuntar lo siguiente: *a)* Nos parece intrínsecamente contradictorio decir que la ley penal es la expresión de la justicia penal *absoluta* y á la vez la expresión de la *conciencia nacional*, que es esencialmente *variable*, en cuanto es, según repetidamente dice el autor, la *resultante de las conciencias individuales* (2). A menos que se diga que la justicia absoluta es también variable, cosa que no estará seguramente en el ánimo del ilustre penalista italiano. *b)* ¿Quién ha de ser el intérprete de esa conciencia nacional en que el legis-

---

el delito, sino que *es preciso que haya sido violado en uno de aquellos preceptos que la ley reconoce y sanciona:* por consiguiente, no puede haber delincuencia legal en un hecho que únicamente infringe el derecho racional; la delincuencia existe sólo en aquellas acciones *que conculcan una ley positiva.*» Pessina, ob. cit., trad. esp., tomo I, pág. 188. «Delito es la negación del derecho, noción completa en su *aspecto teórico ante el derecho racional*, pero que exige ser integrada por algún otro elemento que responda á las exigencias del derecho positivo. Si por un lado es indudable que del derecho en sí mismo considerado se deriva la determinación intrínseca de que una acción sea delito, por otro, es para nosotros seguro que *fuera de la ley no debe considerarse una acción como punible y castigarlo como tal (nullum crimen sine lege).*» Idem id., pág. 168.

(1) «No debe creerse por esto—dice—que la ley penal crea á su capricho el delito, ó imprime arbitrariamente la nota de punibilidad á las acciones humanas, ya que es absurda la doctrina sostenida por Bentham de que la ley crea el derecho. El derecho es la ley de las leyes; la justicia penal en sí misma, la justicia penal absoluta, crea las leyes penales y vive en ellas como vive el espíritu en los innumerables organismos de la naturaleza..... El objeto de la ley penal es determinar el contenido del derecho penal en nombre de la conciencia nacional». Ob. cit., tomo I, pág. 118.

(2) V. Ob. cit., I, págs. 118, 119, 188, etc.

Digitized by Google

lador debe inspirarse al formular la ley? Si lo es el legislador mismo, como parece que da á entender alguna vez Pessina (1), el problema, lejos de resolverse, se vuelve á presentar de nuevo, porque el legislador es el *único* que puede decir cuáles son las acciones que han de considerarse como punibles y cuáles no, sin que en modo alguno pueda reclamarse contra esta declaración; ó lo que es igual, que sólo son delitos, *no ya legal, sino intrínsecamente*, los actos prohibidos y castigados por la ley penal (2). Y si el órgano de dicha conciencia nacional ha de ser la opinión pública, como también parece querer indicar el ilustrado tratadista (3), en este caso, nos parece que no puede sostenerse en manera alguna que la ley sea la fuente exclusiva del derecho, porque instrumentos ó representantes de la opinión son, más bien que el legislador, el pueblo mismo, los Tribunales de justicia y los jurisconsultos, y en lo tanto, serán fuentes del derecho más legítimas y genuinas que la ley, por

---

(1) «El objeto de la ley penal es determinar el contenido del derecho penal *en nombre* de la conciencia nacional...»

(2) No se le oculta al insigne Pessina esta dificultad, antes bien, le oprime con fuerza verdaderamente abrumadora, hasta tal punto, que son varios los pasajes de su libro en que se advierte que es para él como una pesadilla; por eso trata, aunque inútilmente, á nuestro modo de ver, de vencerla. De aquí que en algún sitio se vea obligado á confesar que la violación de la ley y la violación del derecho son *una misma cosa*, por tanto, que derecho y ley son términos idénticos. «No decimos que *una cosa* sea la violación de la ley y *otra* la violación del derecho; la ley es, como hemos dicho anteriormente, *la expresión del Derecho* y forma *necesaria* de su aparición en la vida, y si contiene imperfecciones ó defectos en el *modo* de expresarlo, el principio de la vida social manda que la ley se mejore, *siendo observada la ley antigua hasta que aparezca la ley nueva reformadora*» (pág. 183, ob. cit.).

(3) «La ley penal... debe aparecer como producto de aquella potestad que, según la constitución del Estado, está llamada á interpretar la conciencia nacional del derecho, debiendo no sólo emanar de ella, sino que, mediante la declaración de la *opinión pública*, debe irse formando como aquella opinión común que es la resultante de la discusión de las opiniones individuales» (Ob. cit., pág. 119).

Digitized by Google

responder mejor que ésta á las exigencias de la conciencia nacional, la costumbre, la jurisprudencia de los Tribunales y el llamado derecho científico.

13. No creemos necesario insistir mucho para demostrar que los autores cuyas doctrinas se acaba de exponer sucintamente, y todos los que se colocan en situación análoga á la suya, representan el primer momento de la reacción que viene poco á poco iniciándose para sustituir el arbitrio legislativo con el arbitrio judicial. Seguramente, para ellos, totalmente influídos por el prejuicio individualista que tan bien encarnó la Revolución de 1789, y que fué un gran progreso para su tiempo, como se ha dicho, mientras la pena sea un *mal en sí*, que puede imponerse caprichosamente á los ciudadanos por un gobierno despótico, ó por los poderes que lo representen, será siempre necesario poner cortapisas legales á los órganos del poder judicial y prohibirles hacer uso de otras penas que las taxativamente comprendidas en la ley. Pero, por otra parte, los mismos penalistas de que se trata han advertido que, por librar al ciudadano de la arbitraria opresión del Magistrado, se le somete fácilmente á la opresión, no menos arbitraria y no menos peligrosa del legislador, y entonces han exigido que éste, al dictar sus leyes, se atenga, bien á ciertos preceptos de justicia absoluta (1), bien á las reclamaciones de la conciencia nacional, ó sea de la opinión pública. No falta, pues, más que añadir que en ésta es donde debe hallarse la verdadera garantía de la seguridad del ciudadano, y no sólo en la ley; que antes bien entre la ley y la opinión pública puede haber divorcio, y que en tal caso, la segunda, que es la que realmente representa la conciencia nacional, es la que debe prevalecer. En suma, no falta más que, después de reconocer que la fuente primera de todo derecho social son las exi-

(1) Que no se dice, sin embargo, quién ha de formular, ni cómo ha de exigirse su cumplimiento, en caso de que el legislador no se someta á ellos, ni quien ha de decidir si los ha cumplido ó no.

Digitized by Google

gencias reales de la vida de la sociedad (y tratándose de la nación, como aquí se trata, las exigencias nacionales, que se expresan mediante lo que llamamos conciencia nacional), se reconozca que tales exigencias se satisfacen y deben satisfacerse, no sólo por medio de la ley, sino también por medio de la costumbre, de la jurisprudencia, etc. Dado este paso, que no parece ofrecer grandes dificultades para los que, como Pessina, creen que el derecho se va manifestando y encarnando en la conciencia jurídica del pueblo, se está ya en el caso de decir que en el orden penal, lo mismo que en el civil, el administrativo, etc., junto á la ley, como fuente del derecho, hay otras, y que á éstas pueden y *deben* acudir los Tribunales para administrar justicia del modo más conveniente y menos imperfecto posible. Pero para dar este paso es absolutamente preciso dar antes este otro: considerar á la administración de justicia penal como una cosa *buena*, *útil* y *amable*, y no como *mala* y *odiosa*, que es como todavía se la considera y como la consideran los escritores que quedan mencionados.

14. El movimiento de reacción contra el imperio absoluto y exclusivo del principio *nullum crimen sine lege*, *nulla pœna sine lege*, movimiento que puede considerarse iniciado, en cierto modo, por algunos de aquellos mismos autores que con más empeño lo defienden, va adquiriendo cada vez mayor fuerza, y es de esperar que dentro de cierto tiempo referido principio, que viene considerándose como axiomático, desaparezca enteramente de la ciencia y de las legislaciones, donde, según se ha visto, campea sin contradicción.

Las razones que inducen á creerlo así, son éstas:

a) Las corrientes actuales de la filosofía jurídica acerca de las fuentes del derecho y de su valor.

b) El espíritu y tendencias de las dos escuelas penales correccionalista y positiva.

c) El reconocimiento de la personalidad individual y de los derechos que la integran en la conciencia jurídica contemporánea.

Digitized by Google

d) El carácter socialista de la sociología moderna.

e) La introducción, cada vez mayor, en las legislaciones del arbitrio judicial.

f) El nacimiento y generalización de ciertas instituciones que responden á una concepción de la pena distinta de la dominante.

(Se continuará.)

PEDRO DORADO,
Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Salamanca.

Digitized by Google

LA CUESTIÓN OBRERA Y LAS LEYES *

CAPÍTULO IV

LA LEGISLACIÓN OBRERA EN RUSIA Y RUMANÍA

SUMARIO: *Rusia*. Carácter particular de la industria en este país.—Período anterior á Pedro el Grande.—La industria campesina y la doméstica.—Carencia de legislación.—Las *druschrusky*, *wataga*, *druschina* y *artells* del siglo XII.—Cambios importantes al advenimiento de los Romanow.—La política industrial en tiempo de Pedro I. Medidas protectoras.—Los Ukases desde 1720 á 1724 y el sistema corporativo.—Sentido liberal de la legislación durante los reinados de Isabel (1742, 1761).—Pedro III (1761, 1762) y Catalina II (1762, 1796).—Alejandro I y sus memorables disposiciones legislativas de 1818 y 1824.—Período contemporáneo.—El reglamento de impuestos sobre la industria y el comercio de 1863.—Ukase de Julio de 1866.—Preceptos legales acerca del trabajo de los niños y de las mujeres (1882, 1885).—El trabajo de las fábricas y la ley de 8 de Junio de 1886.—El aprendizaje y su reglamentación.—La inspección del trabajo (leyes de 1882, 1884 y ukase de Diciembre de 1885.—El seguro obligatorio y los sindicatos obreros.—*Legislación industrial rumana*.—Persistencia de las asociaciones obreras.—Cambio de régimen en 1860.—Leyes de 1865 y 1884.—La jurisdicción industrial.

La manera de ser propia de las razas eslavas, con hábitos, costumbres, religión, que determinan una cultura *sui generis*, y repercutiendo en la legislación, imprimen en ella un carácter en mucho diferente del de las naciones occidentales; lo obscuro de su historia, lo difícil de su lengua y hasta la separación del resto del mundo europeo, un tanto templados por las conexio-

* Véanse las páginas 311 del tomo 81, y 38 y 236 del 82 de la REVISTA.

Digitized by Google

nes en los últimos tiempos claramente advertidas entre Rusia y Francia—nación esta última dispuesta para servir de órgano de comunicación de unos pueblos con otros—hacen particularmente trabajoso el estudio de este misterioso país, llamado de seguro á grandes destinos, acaso precisamente por la excepcional posición que ocupa entre mundos que tienen civilización tan distinta, por el cuidado con que viene conservando la virginidad de una raza que es enérgica y viril hasta en sus aberraciones místicas, nihilistas y anarquistas, y de la que pudo decir en un arranque de explicable jactancia un gran novelista, Nicolás Gogol: «Raza potente, de alma tan profunda, que es á las demás lo que el mar infinito á los grandes ríos»; raza, añadimos nosotros, en la que es posible el extraño fenómeno de que sean los nobles, los estudiantes, los *profesionales*, los que inicien y mantengan el movimiento nihilista, mientras que los moujiks hambrientos, los harapientos obreros, los miserables proletarios viven contentos en esa semiservidumbre en que, pese al ukase libertador de Alejandro II, vegetan todavía hoy. Para que todo sea excepcional en este país que ofrece tantos motivos de sorpresa para los occidentales, advertimos, con el sabio escritor A. Flum (1), que su organización industrial se distingue esencialmente de la de los demás pueblos civilizados, por la completa falta de una industria urbana, por el gran desarrollo de los oficios ambulantes y de las pequeñas artes manuales del campo, y por la importancia que aun tiene la producción *individual* ó aislada. Extraña es también la fisonomía especial que presenta en Rusia la industria fabril por la composición del personal obrero, que se recluta, con muy escasas excepciones, en la aldea durante los allí terribles meses de la estación invernal, por donde se explica que llegado el buen tiempo, ó sea desde la primavera hasta finalizar el otoño, abandonen los trabajadores en masa los establecimientos in-

(1) *La agricultura y la industria en la Rusia central*; Leipzig, 1880: en los *Estudios sobre ciencia social y ciencia del Estado*, de Schmoller.

Digitized by Google

dustriales, que entran en un período, ó de completa vacación ó de considerable restricción de las tareas.

*
* *

Dos períodos importantes hay que admitir forzosamente en la historia de la legislación industrial rusa, el anterior y el posterior al famoso czar Pedro el Grande.

Antes de este gran reformador, eran escasísimos los verdaderos centros urbanos con carácter de ciudad. Excepción hecha de Moscow, Arkangel, Astrakan, Nowgorod y Pleskow, en donde, á semejanza de lo que ocurría en la Europa occidental, existía algún movimiento industrial y concentraban en sus muros una población que cultivaba los usos civiles, los demás pueblos fueron más bien lugares de refugio para los habitantes del campo en tiempos de guerra, ceñidos de murallas ó resguardados por empalizadas; ciudades de ocasión muy poco á propósito, por lo precario de su vida y por lo provisional de su estructura, para que en ellas nacieran y se desarrollaran verdaderas industrias, que solamente se ejercían por modo transitorio, y siendo un simple accidente de la agricultura, que era la ocupación general y constante. Por eso ni aun en los momentos en que en la mayor parte de las naciones del centro del Continente europeo se organizaban aquellas poderosas corporaciones de artes y oficios que en cierto tiempo salvaron á las industrias de tremendas crisis, se registran en Rusia tendencias, por débiles que fueran, hacia la formación de corporaciones, ó algo que revelara conatos de legislación artesana, como no se tengan por tal las *druschrusky*, que eran á manera de Asociaciones obreras muy instables, y en las que no estaba regulado el aprendizaje, ó algunos débiles intentos del poder para reglamentar las artes, tan pronto desusados como promulgados.

Todavía en los siglos XVII y XVIII dominaba en Rusia el sistema de producción individual, aislada ó doméstica. En cada casa de ciudadano ó campesino se elaboraban los artículos ali-

Digitized by Google

menticios, los vestidos, en una palabra, cuantos medios eran precisos para la satisfacción de las necesidades económicas de sus miembros; otro tanto acontecía en los palacios de los boyardos, de los obispos ó de los príncipes, que encomendaban estas funciones á siervos, que ora trabajaban en los campos, ora cumplían los oficios indispensables para llenar aquellas exigencias materiales de sus amos. Pero la necesidad obligó á los que, no cultivando la tierra, carecían de recursos para subsistir, á buscarlos, ya alquilando sus servicios á los que de ellos necesitaban, ya ejerciendo un oficio en la propia casa. Según Stieda, entre estos operarios se encuentran en época antigua, en el siglo XIII, asociaciones organizadas *(watagas, druschina*, más tarde *artell*), que tenían por fin promover los intereses económicos de sus miembros (1). Reconócese como signos es-

(1) Los *artells* son una forma de asociación particular, que se encuentra en todos los ramos de la industria, y se rige más por costumbres locales que por reglamentos particulares. La manera más original de estas sociedades de obreros es la en que sus asociados moran, comen y trabajan en comunidad, y reparten entre ellos el producto del trabajo realizado por todos; una especie de sociedad cooperativa de producción.

El beneficio se distribuye por partes iguales.

Á la cabeza de la corporación está un síndico, que es frecuentemente el de más edad.

En las grandes ciudades la organización es más complicada, puesto que el *artell* dispone de mayor capital y responde de la conducta y solvabilidad de los socios, por eso hay verdadera escrupulosidad en la admisión y se vigila cuidadosamente al neófito. Hay varias especies de *artells*. En el campo, en donde los aldeanos son demasiado pobres para comprar ó arrendar individualmente las tierras, se reunen en *artell*, las cultivan en común y reparten los productos. En el gobierno de Tschernigow existen *artells* para la explotación agrícola del tabaco, compuestos de seis á nueve muchachas, que eligen una superiora *(startchina)*, la cual alquila á los propietarios los servicios de las asociadas, recibiendo como precio la mitad de la cosecha. Hay también *artells* de pastores, que arriendan sus servicios á los ayuntamientos, y hasta el correo oficial alquila caballos y carruajes á los paisanos constituídos en *artell* para este efecto.

Se conocen algunos, aunque pocos, *artells* de crédito; en cambio, existen muchos de consumo, establecidos en gran número en las fábricas, y los hay

Digitized by Google

peciales de semejante estado de cosas la técnica sencilla y primitiva de la industria, la falta de competencia y la libertad absoluta en la industria y en el comercio.

Después, al advenimiento de los Romanow, comienza á fijarse la población, debida á ciertos cambios que se advirtieron en la situación del gran imperio moscovita, entre los cuales tuvo gran transcendencia la introducción de la servidumbre de la gleba, y como consecuencia indispensable se prohibía expresamente á los ciudadanos establecerse en las estepas inhabitadas, á fin de impedir el aumento de la densidad de la población y la mayor división de la propiedad. Todo esto contribuyó á que se establecieran con más distinción los oficios manuales, obligados, como se veían los que contra su voluntad eran apartados de la vida del campo y concentrados en los pueblos para no morir de hambre, á dedicarse á la práctica de un arte material; con lo cual se delinea la división territorial del trabajo en armonía con las primeras materias que se dan en la localidad y con la aptitud de los trabajadores; así, en donde se cultivaba el cáñamo y el lino se arraigó la industria del tejido, en donde la abundancia de pastos favorecía la crianza de reses ovinas, la de los paños. Por modo semejante se localizaron el curtido de las pieles, la elaboración del hierro, de la madera, etc., y naturalmente crecieron estas industrias en las cercanías de los centros de comercio, ó en los lugares apropiados para la fácil distribución de los productos, como á lo largo de las grandes vías naturales y artificiales de comunicación.

No faltó tampoco en Rusia, antes por el contrario, dado su atraso en relación con los demás países de Europa en los tiempos á que nos referimos, se acentuó la inmigración de artesa-

---

para mujeres y para niños. El síndico *(starotz)* tiene la obligación de comprar los víveres, contratar el cocinero, fijar las cuotas, y recibe por estos trabajos de cinco á 20 kopecks por cada miembro al mes.—(Véase, para mayor detalle, la monografía *Situation des ouvriers en Russie, Revue d'Economie politique*, Diciembre, 1892.)

Digitized by Google

nos extranjeros, atraídos por las ventajas considerables que les ofrecían las entonces clases ricas y privilegiadas—los príncipes y sus cortesanos y los altos dignatarios de la Iglesia,—que más refinados en sus gustos, no encontraban en su patria quien satisfaciera sus excepcionales necesidades.—Estos artesanos forasteros formaban una clase aparte de la de los indígenas; eran naturalmente más cultos, y á ellos se debe la implantación en Rusia de determinadas industrias. Los obreros rusos comenzaban por no ser especialistas, según hemos dicho; de ordinario simultaneaban con el cultivo de la tierra otros oficios manuales; no formaban un estado de población distinto de los otros, y si bien no carecían de libertad, por su misma ignorancia y atraso eran tenidos por una agrupación social vil y despreciable. Acaso, debido á esta desconsideración, se les abandonaba á sus propias escasas fuerzas, y ni la autoridad se ocupaba de ellos para nada, ni había apenas leyes que regularan sus funciones y sus contratos. Demás está decir que antes de Pedro I eran poquísimas las fábricas ó las grandes empresas industriales que existían.

***

La política *industrial* se anima en tiempos de aquel memorable Czar, que en su afán de despertar iniciativas en su país, hasta entonces tan muerto, de promover industrias en donde dominaba una pasividad económica abrumadora, desde 1682 comienza á dictar una serie de disposiciones inspiradas por supuesto en las ideas mercantilistas de la época, encaminadas ante todo á producir dentro de Rusia los objetos que necesitaba el ejército, como pólvora, armas, uniformes y demás artículos de todas clases, de modo que no tuvieran los nacionales que acudir forzosamente al extranjero para proveerse de lo más necesario; así fueron naciendo las industrias del lino, de la seda, de la lana, del acero, del hierro en todas sus manifesta-

Digitized by Google

ciones, de la cristalería y vidriería, del papel, de la porcelana, del cuero.

Era preciso proteger la industria naciente en el país, y Pedro I fué reglamentando su ejercicio á medida que se formaban las empresas y se instalaban los establecimientos; primero por resoluciones personales é instituyendo más adelante un centro gubernativo especial, que se denominó *Colegio de las manufacturas*, encargado de procurar el desarrollo de la industria y de inspeccionar el cumplimiento de las disposiciones legales. De esta institución partió la iniciativa para sistematizar los preceptos reguladores de la industria, desenvolviendo el pensamiento en una colección de ukases promulgados desde 1720 á 1724, relativos á la organización de la maestranza, del oficialato y del aprendizaje. Es notable por más de un concepto el de 18 de Enero de 1721, dictado con el fin de facilitar el establecimiento de fábricas y asegurar el concurso de brazos auxiliares del trabajo, para lo cual se concedió á los fundadores, y en su caso á los poseedores de institutos industriales, el derecho de comprar aldeas con sus habitantes, que fueron dedicadas expresamente al trabajo en las fábricas; derecho que se modifica en 1786 prohibiendo la adquisición de aldeas, aunque conservando la de siervos.

Si Pedro I en su primera época se preocupó más de favorecer la creación de las industrias, concediendo privilegios á los obreros extranjeros, favoreciendo la instrucción técnica y difundiendo el entusiasmo por los establecimientos fabriles en ciertos distritos en donde reinaba un atraso incompatible con las necesidades de los tiempos; no se advierte por entonces nada que significara tendencias hacia el mejoramiento de la condición de los artesanos del país.

Hacia el fin de su reinado quiso enmendar esta importantísima omisión, y ya que en cierto modo había logrado el florecimiento de la industria, volvió sus ojos hacia los obreros para hacer de ellos un cuerpo instruído y respetado. Para conseguirlo, estudió atentamente el sistema *corporativo* que du-

Digitized by Google

rante cierto tiempo había contribuído en gran manera á levantar la instrucción de los de muchas naciones europeas; mas sea porque no llegó á comprenderle, ó porque no se atreviera á implantarle con el carácter absoluto y cerrado que tenían en los países de origen ó porque no puede imponerse por leyes lo que no educe de la raíz de la vida del pueblo, lo cierto es que el ukase de 15 de Diciembre de 1720 y la Ordenanza de las ciudades de 16 de Enero de 1721, por las cuales se proclamó en Rusia el derecho á formar asociaciones libres de artesanos, por supuesto con obligación por parte de los que se dedicaran á los diferentes oficios de pertenecer á ellas, sin prohibición del ejercicio de sus artes á los que no estuvieran afiliados sin ninguna de aquellas limitaciones que acabaron con los gremios en el occidente; no logró que llegaran á establecerse más que un corto número, que vivieron débiles y miserables, sin apreciarse apenas su influencia en la organización industrial del pueblo ruso.

Desde 1725 á 1742, la legislación industrial del Imperio tiende á imprimir á esta rama de la actividad humana su carácter autoritario, que se afirma en la introducción de monopolios, en la agravación del poder de los patronos sobre sus operarios, y en la exclusión de los aldeanos de ciertas clases de industria. Durante este período tuvieron relativa importancia la ley de 7 de Enero de 1736, sobre la condición de los operarios de fábricas, y un ukase de 2 de Septiembre de 1741, acerca de las manufacturas de paños.

Adviértese en los reinados de Isabel (1742-1761), y Pedro III (1761-1762), un cambio profundo en la política industrial, en sentido marcadamente liberal, como lo acredita en primer término el ukase de 29 de Marzo de 1762, prohibiendo la compra de aldeanos con destino á la elaboración de productos fabriles; cambio que se acentúa aun más al advenimiento al trono de Catalina II y durante su gobierno (1762-1796). Muchos de los privilegios que vivían al amparo de la legislación anterior, fueron abolidos ó limitados; en 1762 se concedió á

Digitized by Google

los habitantes del campo el derecho de establecer fábricas, si bien en 1775 se subordinó esta facultad á la condición de concesión previa de permiso de la Autoridad, y en 1779 se suprimió el *Colegio de manufacturas*. Ya en este camino de reformas, los gobernantes se preocuparon seriamente del mejoramiento de la instrucción de los obreros de fábricas, los cuales eran siervos en su mayor parte. Fué renovado el ukase de 1762; se reguló en sentido liberal cuanto se refería á la ocupación y salarios de los trabajadores. En 1781 se decretó la abolición del derecho de castigar á los operarios que tenían los patronos. Sin embargo, hubo en estos momentos cierta reacción en favor del sistema autoritario, que se manifiesta en un ukase del año de 1785, por el que se prohibe á los nobles instalar manufacturas en las ciudades, limitando la facultad de establecerlas en ellas á la primera y segunda corporación de comerciantes. En el mismo año se introduce una reforma importante en la organización industrial, por lo que respecta á los *artesanos*. Por segunda vez se intenta implantar las corporaciones de oficios. Los Magistrados de la ciudad debían distribuir en gremios á los operarios de cada uno de ellos. Estos gremios habían de comprender á lo menos cinco maestros, y todo el que no estuviera inscripto en el de su arte, no podía ejercerlo. Eran condiciones indispensables para ser declarado maestro, el aprendizaje de tres años en casa de un artesano que poseyera dicho grado y tener veinticuatro años cumplidos.

En tiempos de Pablo I (1796-1801) se afirmó de nuevo el sistema de tutela del Estado sobre la industria, en especial en las de paño, de seda, de vidrio y de cerámica.

Esta reacción duró muy poco, y se comprende, porque había venido muy á destiempo, precisamente en los momentos en que una formidable revolución reemplazaba con antiguos usos todos esos sistemas de gobernación de los pueblos. Alejandro I abandonó definitivamente la política autoritaria en cuanto á la industria toca, y emprendió nuevos derroteros, que se anuncian con toda claridad en la Memoria que le dirigió el Minis-

Digitized by Google

terio en 1803 y que fué aprobada por el Czar. En este documento se lee: «La libertad y la esperanza de la ganancia son los móviles principales de la actividad industrial. Por eso del lado de la Administración deben recogerse noticias exactas acerca de las fábricas, y ordenar un sistema de disposiciones generales que aseguren á la industria la máxima libertad y remuevan todos los obstáculos que puedan impedir su desarrollo.» De acuerdo con estas ideas se inauguró un régimen de amplia libertad en cuanto al establecimiento y ejercicio de empresas industriales, aboliéndose definitivamente por el ukase de 28 de Diciembre de 1818 y el Manifiesto de 14 de Noviembre de 1824, la distinción entre industrias libres y obligatorias, constituídas aquéllas sin apoyo alguno del Gobierno, con trabajadores libres y en forma de empresas privadas, y fundadas éstas con ayuda del Estado con derecho á comprar siervos para dedicarlos al trabajo, y obligados á vender una parte de sus productos á determinado precio á su protector. Limitóse el Estado á auxiliar á la industria mediante la difusión de la instrucción y de anticipos en metálico, como, por ejemplo, un millon de rublos en 1802 y el aumento de los derechos de aduanas. Fueron mantenidas las disposiciones que regulaban la organización corporativa de 1785, y en donde la industria estaba menos desarrollada se introdujeron por medio de leyes reformas para promover su adelanto. Un extenso reglamento de los oficios, inspirado en sus fundamentos y hasta en sus detalles en los entonces vigentes en las naciones del centro de Europa, disciplinó el ejercicio de las artes manuales, especialmente en cuanto á las relaciones jurídicas de los aprendices, oficiales y maestros.

***

Ya en nuestros tiempos la política dominante en materia industrial, que dentro del criterio de la verdadera libertad abandona á la esfera privada el establecimiento y ejercicio de

Digitized by Google

todas las artes manuales y mecánicas, pero acentúa cada día más el reconocimiento y garantía de los derechos de los que en el orden económico pueden sufrir mayor lesión, como sucede con el obrero en frente del capitalista ó del patrono, no se detuvo ante las fronteras naturales por abruptas que fueran, ni mucho menos encontró un obstáculo en la diferencia de raza, usos, costumbres y organización social y política, y en Rusia, como en Inglaterra, Alemania, Austria, Francia, tuvo eco en las regiones en donde se forjan las leyes.

El Reglamento de las contribuciones impuestas al comercio y á los demás ramos de la industria de 1863, reformado en 7 de Febrero de 1865, no hace depender el ejercicio de una industria más que del pago de determinada cuota.

El antiguo Reglamento de los oficios no fué derogado; pero sí modificado en sentido de dar mayor libertad á la industria: tanto que en la duda de si existía ó no en los Gobiernos del Báltico y de Berna la libertad de profesiones, el ukase de 4 de Julio de 1866 la reconoció expresamente al establecer que «también las personas no adscriptas á las corporaciones, puedan sin distinción de confesiones y de estado, ejercer libremente cualquier arte y fundar establecimientos industriales, gozando, asimismo, los que pertenecieran á un gremio, del derecho de dedicarse á otra profesión.»

El trabajo de los niños ha sido reglamentado en 1.º de Junio de 1882 por un dictamen del Consejo de Estado, que aprobó el Emperador, con algunas modificaciones introducidas por una ley en 1890, y según él, los menores de doce años no podrán ser empleados en los establecimientos industriales públicos ó privados (art. 1.º). Los muchachos de doce á quince no deberán trabajar más que ocho horas cada veinticuatro, no comprendido el tiempo necesario para la comida, la escuela y el reposo, no pudiendo durar la labor más de cuatro horas seguidas (art. 2.º). No trabajarán desde las nueve de la noche á las cinco de la mañana, ni los domingos y días festivos, ni serán empleados en trabajos en que peligre su vida ó experimenten

Digitized by Google

fatiga (art. 3.º). La determinación de las labores que deban ser consideradas como insalubres y el señalamiento del límite de edad preciso para poder dedicarse á ellas, corresponde al Ministro de Hacienda, de acuerdo con el del Interior (art 4.º). Los propietarios de establecimientos industriales permitirán á los niños en ellos ocupados, que no hayan obtenido certificado de estudios primarios, la asistencia á la escuela durante tres horas al día por lo menos, ó diez y ocho cada semana (art. 5.º). Respecto á las mujeres, el único precepto legislativo regulador de su trabajo que conocemos, es la orden de 10 de Octubre de 1885, que prohibe ocuparlas por la noche en las fábricas de hilados ó de tejidos de algodón.

En principios análogos, ó sea de protección al obrero, se ha inspirado la ley de 3 de Junio de 1886, sobre las fábricas, en la cual se regulan las relaciones entre aquéllos y sus patronos. En ella son de tener en cuenta las prescripciones acerca del pago por piezas y en dinero, precisamente con exclusión expresa de mercancías (truckusysem), cupones, etc., y las relativas á la contrata de trabajo. Segun esta ley, no puede ser despedido un obrero si no precede notificación hecha con trece días de anticipación; plazo que debe anteceder á toda modificación de aquel pacto: como reducción de salario, duración diaria de las labores, etc. El operario tiene obligación también de guardar estos lapsos aun cuando denuncie el contrato por su parte. Exceptúanse los casos de arresto, de servicio militar, de olvido de la renovación del pasaporte, sin el que no se le permite salir del territorio del concejo, ó de suspensión de explotación por fuerza mayor. El obrero podrá asimismo ser despedido sin notificación cuando se ausente dos días sin justificarlo debidamente, ó por mala conducta ó enfermedad contagiosa; pero en este último caso tiene derecho de apelación y á indemnización, como también puede abandonar el trabajo por causa de malos tratamientos, de inobservancia de la cláusula del contrato, de peligro serio para su salud, de muerte ocurrida en su familia y de ingreso en el ejército.

Digitized by Google

La ley de 1886 preceptúa también que en los compromisos de trabajo durante largo plazo, los obreros percibirán el salario á lo menos una vez cada mes, y en los de corta duración dos veces.

Cuando no se respete esta condición esencial, el obrero está autorizado para rescindir el contrato y tiene derecho á reclamar la indemnización correspondiente al salario de dos ó tres semanas. Está asimismo prohibido retener los jornales para pago de deudas, salvo las que procedieran de gastos de alimentación y de objetos de consumo suministrados por el empresario.

Relativamente al descanso dominical, no existen en Rusia más preceptos que los de la ley acerca del trabajo de los niños (1890), que establece por regla general la prohibición de las tareas para los menores de quince años, mas con la salvedad de que será excepcionalmente permitido en casos *indispensables*. Se prescribe, no obstante, el reposo en las fábricas en diez y nueve días feriados.

Existen diversas disposiciones legislativas con respecto á los aprendices. No serán admitidos, sino mediante contrato escrito en presencia de dos testigos: deben tener los pretendientes más de nueve años y menos de doce, y el tiempo de aprendizaje durará un mínimum de tres años y un máximum de cinco. Según una ordenanza de 1890, los maestros tienen obligación de hacer que los aprendices frecuenten las escuelas elementales y las dominicales.

La inspección del trabajo ha sido reglamentada por las leyes de 1882 y 1884, y por el ukase de 19 de Diciembre de 1885. Los inspectores son de nombramiento del Ministro de Hacienda, y constituyen un cuerpo, formado por un inspector jefe, nueve inspectores superiores y nueve inferiores, repartidos entre 53 provincias, en las cuales existen 26.000 explotaciones industriales. La gran extensión de los departamentos y la dificultad de las comunicaciones, hace sumamente difíciles sus tareas. En 1885 no fueron visitados más que 4.897 estable-

Digitized by Google

cimientos ó sea el 18 por 100. Los talleres no están sometidos á inspección, y las fábricas del Estado y las minas lo están á la especial de minas. Los inspectores tienen el deber de velar porque se cumplan las leyes relativas á la protección de los obreros y de dirigir á los Poderes públicos memorias comprensivas de las observaciones que hicieren. En 1886 se creó otra autoridad inspectiva de las fábricas con el carácter de superior, que es á modo de un comité provincial, compuesto del Gobernador, el Fiscal, el jefe de policía, el inspector del trabajo y varios miembros de la Zemtswo (Diputación provincial) y de la municipalidad. Las atribuciones de esta comisión ó junta son: adoptar las disposiciones convenientes á fin de asegurar la vida y la salud de los operarios; examinar las quejas que se producen contra el inspector é imponer multas hasta 100 rublós. Entra también en las facultades de la inspección el favorecer la buena inteligencia entre los patronos y los obreros, arreglar amistosamente las diferencias que puedan ocurrir, imponer correctivos á los que infrinjan los reglamentos, aprobar la cuota con que los operarios han de retribuir al patrono por razón de alojamiento y alimentación, procurando que no sean defraudados los primeros en la calidad y en el precio.

Respecto á la asistencia médica de los trabajadores enfermos, una ley de 1886, preceptúa que todo establecimiento industrial en el que se ocupen más de cien personas tendrá un hospital con una cama por cada ciento.

En cuanto al *seguro obligatorio contra los accidentes*, el actual Ministro de Hacienda ha presentado un proyecto de ley, en el que se instituye una caja común para todas las explotaciones industriales del Imperio. Los fondos necesarios serán suministrados en una tercera parte por los empresarios á prorrata del número de obreros que tengan en sus establecimientos, y en proporción al peligro que corran en los trabajos, sufragarán las otras dos los operarios. De esta caja habrán de salir las pensiones que hayan de darse á los lesionados ó á sus familias en caso de muerte. En este último caso la viuda percibiría

Digitized by Google

mientras permanezca en este estado el 30 por 100 del salario de su marido: cada uno de los hijos menores de quince años un 15 por 100; también tendrían pensión los padres mantenidos por el hijo difunto sin que en ningún caso la totalidad de los socorros pasara del 60 por 100.

No hay sindicatos ó asociaciones de resistencia en Rusia: las huelgas y las *despedidas en masa* por parte de los patronos son muy raras. Hasta el año de 1888 las diferencias surgidas entre patronos y obreros fueron zanjadas por la policía; desde entonces esta misión compete, como hemos dicho, á los inspectores de fábricas. Una ley modernísima castiga con penas muy severas, que llegan hasta un año de prisión, á los obreros que intenten por medio de huelgas cambios en las condiciones del contrato de trabajo antes de que hubiera llegado á su término natural.

*
* *

Los antiguos Principados danubianos, la Moldavia y la Valaquia, que reunidos en 1859 formaron el Estado de Rumanía, que después de grandes cuestiones que vinieron á resolverse en guerras intestinas, se declaró independiente de Turquía en 1877 y se erigió en reino en 1881, constituyen otra nación, que, como Rusia, merece por su posición geográfica, por la raza á que pertenecen sus habitantes, por sus usos y costumbres y legislación, particular estudio. Verdad es que en los últimos tiempos ha progresado notablemente, rompiendo con resolución sus antiguos hábitos, y que ha entrado con entera franqueza en la civilización europea, sin vacilaciones ni desfallecimientos, y quizá exagera un tanto su imitación de los usos occidentales, á riesgo de perder su personalidad como pueblo. De todos modos nunca podría ponderarse bastante lo mucho que ha hecho el país rumano en pro de su cultura y cuánto influye con su ejemplo, bajo la acertada dirección de eminentes estadistas, en la reconstitución social

Digitized by Google

y política de los Estados del Sudeste de Europa, tanto tiempo sometidos á la dura y repugnante dominación de un pueblo del cual los separa todo: raza, usos, costumbres, religión.

El sistema de las corporaciones industriales persistió en Rumanía con una tenacidad abrumadora. Cuando aun los pueblos más apegados á la institución gremial hubieron de templar los rigores de una organización que de exageración en exageración habían llegado á poner en grave peligro su porvenir industrial, los que no abolieron por completo el régimen asociativo á impulsos de las ideas que proclamó la Revolución francesa, todavía los Principados danubianos mantuvieron su sistema de corporaciones; el Reglamento orgánico de 1833, que obligaba á los que pretendieren ejercer un arte ú oficio á alistarse en el gremio correspondiente, duraba aún en el año de 1860. Sin embargo, bueno sería advertir que, á semejanza de lo que acontecía en Rusia, estas corporaciones no tenían el carácter absolutamente restrictivo de las occidentales, ni disfrutaban de sus extraordinarios privilegios, ni se cumplía con rigor el precepto relativo á la necesidad de pertenecer á una corporación para poder ejercer un oficio, ni estas instituciones tenían jurisdicción especial, ni la policía de la industria, ni se exigía condición alguna de moralidad ó de capacidad técnica para practicar un oficio. Como en Rusia, durante mucho tiempo apenas existieron fábricas, y en el campo y en la ciudad prevalecía el sistema de producción aislada, de industria individual ó doméstica.

Desde 1860, sobre todo, pronúnciase la opinión en Rumanía por la libertad de la industria; y sus naturales consecuencias, la abolición de las corporaciones, la supresión de las limitaciones del derecho de trabajar, la abrogación del sistema de la ingerencia administrativa en materia industrial. Triunfó en toda la línea la moda francesa, y con arreglo á ella se confeccionaron las leyes que hubieron de regir en la esfera de la industria en el país moldo-valaco. No en vano venía la nación habituada á otras normas; no en vano se había descuidado la

Digitized by Google

instrucción general y la especial técnica de las clases laboriosas; no en vano la reconstitución del país llamaba á las carreras política y administrativa y al ejercicio de las profesiones liberales á los que hubieran podido ser excelentes industriales. Esta serie de causas redujeron á la producción económica rumana á un estado de postración y abatimiento que hizo necesario grandes esfuerzos para remediarlo, y mostró, aun á los más recalcitrantes, la necesidad de reconocer que cuando las fuerzas vivas del país se desequilibran, cuando se advierte un predominio morboso de ciertas direcciones de la actividad en manifiesto perjuicio de otras, sólo puede poner coto á estas verdaderas monstruosidades sociales la acción gubernamental, que, ó no es nada, ó habrá de ser armonizadora, moderadora por excelencia.

De entonces data, no un cuerpo de legislación industrial, que realmente no existe en Rumanía, sino una serie de leyes limitativas de los excesos de la libertad en este orden. Sintetizando sus preceptos, podemos decir que el derecho vigente se concreta en las siguientes decisiones:

La práctica de las profesiones é industrias es libre, y para ejercerla no se exige otra formalidad que el pago de una patente. El sexo, la edad, la religión, las cualidades de nacional ó de extranjero, no producen diferencia alguna en cuanto al derecho de ejercer un arte ú oficio. Existen, no obstante, varias excepciones, que vamos á apuntar:

a) La farmacia, las industrias de la alimentación y otras análogas están sujetas á concesión especial, sin la cual no se permite su ejercicio. Las autoridades administrativas comunales deben tomar las medidas convenientes á fin de que en todas las industrias se procure evitar los atentados contra la higiene y la seguridad pública, exigiendo en su consecuencia que se cumplan determinadas condiciones precisas á la expedición del permiso. (Ley Sanitaria de 1865.)

b) El ejercicio del comercio, ya fijo, ya ambulante, fué regulado por una ley en 1884, encaminada á proteger las indus-

Digitized by Google

trias, las profesiones, contra la competencia inmoral, principalmente contra el despacho á domicilio de productos en mal estado ó falsificados. El comercio ambulante, salvo pocas excepciones, como artículos de consumo alimenticio ó confecciones de la industria doméstica, fué prohibido en la ciudad y sometido en las aldeas á concesión de la autoridad.

c) Las controversias entre patronos y obreros son de la competencia de los Tribunales ordinarios, ó sea en primera instancia, del juez del círculo, que lo resuelve por un procedimiento sumario y barato.

d) Se concedieron ciertos privilegios á las industrias azucarera y tejedora.

(Continuará.)

ADOLFO A. BUYLLA Y G. ALEGRE,
Profesor de la Universidad de Oviedo.

Digitized by Google

EL DERECHO Y LA CARIDAD

I

No consiste el progresar de la ciencia en descubrir cada vez mayor número de relaciones de las cosas tan sólo, sino también y tan esencialmente en aquel proceso de reducción de ideas á conceptos cada vez más elevados y comprensivos, mediante el que, y en ellos, nuestra inteligencia, cuya aspiración suprema es la unidad, pueda contemplar como de una sola mirada el fundamento de los seres particulares, y con él como la armonía del conjunto: ó en otros términos dicho, que el verdadero progreso científico, tanto radica en la *extensión*, cuanto en la *intensión* del conocer.

En el orden y escala de las inteligencias, en el camino que cada una de ellas recorre y que cada cual puede dentro de sí comprobar, no menos que en la historia general de la ciencia, que no es sino la historia del pensamiento, encuentra lo anterior plena confirmación, pues si, como notaba ya Santo Tomás, á medida que el entendimiento es más alto, le corresponden menor número de ideas para la percepción, la experiencia, por su parte, nos atestigua que tanto más y mejor conocemos de las cosas, cuanto, ahondando en la atenta consideración de su naturaleza, mayores puntos de relación y enlace van apareciendo entre lo que en los comienzos de la indagación se nos presentaba como independiente y aislado, cuando no en oposición y lucha.

Caminamos en todo hacia la unidad, y en la unidad se en-

Digitized by Google

cuentra también nuestro punto de partida. Pero la unidad de que partimos es la unidad de lo homogéneo é indiferenciado, sin que en esta primera vista de los objetos, de una vez y como en globo percibidos, nos sea posible distinguir la rica variedad é interior contenido de ellos; mientras la unidad á que aspiramos es la unidad de lo múltiple y de lo vario, que, lejos de estar de ella excluído, ella es, antes bien, quien lo sostiene y lo funda; y entre estos dos puntos, el de partida y el de término, nuestra inteligencia, que sólo paso á paso y trabajosamente conquista la verdad, solicitada y atraída por la casi infinita variedad de lo cognoscible, impotente aun para elevarse por encima de ella al centro de realidad y de vida de donde toda la multiplicidad y contradicción aparente de ésta emana, separa, aisla, y aun á las veces contrapone lo que en la realidad de lo existente se entrelaza y mutuamente se apoya y complementa (1).

No á la formación de la ciencia sólo, sino á la vida toda, es aplicable el anterior proceso, ya que, esfera subordinada aquélla á ésta, no sería posible que en lo fundamental se rigieran por leyes distintas; ya por el especial respecto en que una con otra dentro del vivir se encuentran, siendo el conocer, y de aquí la relación y estrecha conexión de la teoría con la práctica, quien dirige y guía el vivir, ó más bien, el primer momento de éste, ó como la vida en proyecto y plan. De donde si es exacto el afirmar que el conocer perfecto está en conocer en la unidad, no lo es menos que la vida perfecta está en vivir bajo

(1) En lo que hasta aquí se dice, tienen su origen las cuestiones que se discuten en Metafísica sobre la unidad y la clasificación de la ciencia, cuestiones que en cierto modo abarcan todo el problema del conocimiento en esta esfera; ya que la investigación del «Ser absoluto en sí y como fundamento de los seres particulares» es el fin de aquélla.

De aquí también que, aun para conocer cualquiera de estos seres particulares, precisa no detenerse en ellos solos (ó mejor, en *parte* de ellos), olvidando las relaciones que les unen á los demás y al conjunto, las cuales los determinan á ser *lo que son y como son*; en lo que se funda la condenación de toda enseñanza y estudio puramente especial ó «especialista».

Digitized by Google

de ella y por ella, pues como profundamente dijo el Místico: «aquel á quien todas las cosas le fueren uno, y trajere á uno, y las viere en uno, podrá ser estable y firme de corazón y permanecer pacífico en Dios» (1).

Y si, por lo evidente, es innegable la influencia del conocimiento sobre la vida, pues, y cuando menos, mal podríamos determinarnos á obrar sin tener alguna suerte de idea de lo ejecutado; tan cierta es, si no tan visible, la influencia de ésta sobre aquél, toda vez que en la unidad de la naturaleza humana, y no considerando ahora más que la esfera superior ó espiritual, las facultades mediante las que ésta se manifiesta no son á modo de partes, separadas unas de otras, por tanto, sino aspectos ó formas bajo las que una sola actividad se revela.

De aquí, y puesto que *primum est vivere, deinde filosofare,* si el conocer es antes que el vivir, á su vez es éste antes que la ciencia, la cual en cada época de la historia se halla determinada en dirección y contenido por las necesidades á que con más apremio urge por el momento acudir (2).

***

Fué aspiración constante de la época y de la ciencia anteriores á las nuestras la afirmación de la personalidad individual, de donde el carácter enteramente negativo que toda su

(1) *Imitación de Cristo.*

(2) En esta estrecha relación y mutuo influjo de unas facultades en otras, se funda la necesidad de una educación verdaderamente integral ó que las comprenda á todas; y esto no sólo en bien del hombre todo él ó en su unidad, que es lo que en materia de educación más importa, sino aun en bien de cualquiera de aquéllas.

Un caso particular de esta relación é influencia es la que media entre la voluntad y la inteligencia, en la cual encuentra su razón de ser lo que puede llamarse moralidad ó inmoralidad del conocimiento, en el sentido de que no siempre nuestras convicciones están inspiradas en el desinteresado amor de la verdad, y á menudo para no *creer* empezamos por no *querer*.

Digitized by Google

labor reviste (1) obra fué de destrucción de obstáculos que al libre desenvolvimiento de la actividad de todas partes se oponían (2). Pero como de negaciones tan sólo no vive el hombre, precisa ahora edificar después de haber destruído: manteniendo lo afirmado, rectificando lo antiguo y buscando la unidad en que, lejos de excluirse el uno al otro, mutuamente se supongan y necesiten.

Puesta, por así decirlo, la filosofía del derecho al servicio de aquella necesidad y aspiración, veamos cómo respondió á su objeto, examinando el proceso por ella seguido y las conclusiones obtenidas.

Filosofía abstracta, por lo que se aparta de las condiciones reales de la existencia, tomando la naturaleza humana tal como sólo en el pensamiento podemos representárnosla; filosofía deductiva, por el método que emplea; racionalista, por la facultad de que se vale, ya es por sí sola, y sin otra cosa, el primer paso en la emancipación del individuo, el cual en adelante, no en autoridad externa alguna (iglesia ó escuela), sino en sí mismo, encontrará el origen y fuente de toda verdad. El *cogito ergo sum*, de Descartes, inaugura y en cierto modo resume toda la corriente.

Consecuencia primera de la cual en lo jurídico, fué la afirmación de un derecho fundado en la naturaleza, anterior á toda autoridad y ley, que, antes bien, para ser tales, á él han de

---

(1) Este carácter negativo, que tan de relieve pone el Sr. Ascárate, sobre todo en lo que se refiere al derecho tocante á la esfera económica, Sthal lo explica por el carácter mismo de la filosofía racionalista, el cual, consistiendo, como se dice á continuación, en el desenvolvimiento de un concepto previamente admitido (aquí, el de libertad), sin que sea posible juntar á este concepto nada que no sea él mismo, con un tal proceso, puramente lógico, no cabe llegar sino á aquello cuya existencia sería *contradictoria* con la del principio aceptado.

(2) Consignamos aquella aspiración y esta obra como un hecho de la historia, sin que esto suponga juicio alguno por nuestra parte sobre las condiciones sociales y políticas de la expresada época.

Digitized by Google

acomodarse; derecho que en sí propio tiene su razón de ser, de que participan por igual «los ateos y los cristianos» (1), y tan independiente de lo exterior, que «si por un imposible Dios no existiera, él continuaría existiendo» (2).

A la ciencia de este derecho, como en general á toda la filosofía, se le dió por principio dentro del cual se encierra todo el contenido de aquél, de suerte que mediante el sólo desarrollo de éste se llega á las particulares instituciones jurídicas (ya que en esto radica el peculiar carácter del racionalismo), ó bien la libertad individual (racionalismo subjetivo), ó bien la propia razón con sus leyes necesarias é inmutables (racionalismo objetivo). Pero como en este último caso el resultado ineludible era la negación de toda libertad (justamente lo que se trataba de asegurar) y con ella la del orden moral y jurídico, y así esta dirección «que empieza con Espinosa» identificando la fuerza con el derecho, llega en Hegel, su más alto representante, á la máxima de que «todo lo real es racional»; por aquella causa—la libertad—«la interna y viviente de este movimiento, como advierte Sthal, quien al fin prepondera es el racionalismo subjetivo». Téngase ahora en cuenta, pues sin esto no sería posible comprender el verdadero sentido de esta escuela, que la libertad se entiende aquí como simple arbitrio, poder de hacer ó no hacer, indiferente y ajeno á todo contenido.

En cierto modo puede decirse que la corriente del pensamiento que examinamos llevaba ya á la investigación del derecho la idea preconcebida de éste, la vulgar, y, por así decirlo, la que, por presentarse más de relieve sus efectos, primero hiere nuestra consideración, y que su papel y esfuerzo se redujo, en suma, á darle fundamentación científica. El proceso seguido, después de la afirmación de un derecho de la naturaleza, fué el de su comparación y separación de la moral, pues

(1) Tomasio.
(2) Grocio.

Digitized by Google

si en general no es posible comparar términos de los cuales no se tenga anterior conocimiento, en este caso, el método adoptado más bien parece haber sido el opuesto, ya que sin esta previa reflexión por aquellos términos exigida, ante todo y á título de morales, se atendió á sustraer del poder del Estado determinados intereses de conciencia.

Lo que el derecho debe á Grocio en cuanto en éste adquiere aquél (para la ciencia) propio y sustantivo valor, lo debe la moral á Leibnitz, que englobada hasta entonces en la teología, pasará en adelante á ser objeto de una ciencia de razón. A ésta, pues, tocará desde ahora la deducción y estudio de las obligaciones, tanto de las *perfectas* como de las *imperfectas*; clasificación ya admitida en los fundadores y precursores del derecho natural, ó según el lenguaje de Pufendorf, del *forum externum* y del *internum* (1).

Tomasio fué el primero que intentó dar base racional á la separación de la moralidad y del derecho, y movido, al decir de Sthal, de la incertidumbre y confusión reinantes (por la falta de criterio á que atenerse en este punto) sobre cuáles deberes

---

(1) Lorimer, á diferencia de Sthal, halla los precedentes de esta división en la antigüedad clásica y en la edad media: aquí, en la distinción de las máximas del cristianismo en *preceptos* y *consejos*.

Sobre esta cuestión de los precedentes, es claro que el derecho natural no aparece en la época moderna desligado de toda tradición científica, cosa, por otra parte, imposible en la continuidad de la vida; y así, por ejemplo (y prescindiendo de la filosofía griega), romano es el concepto de libertad en que se inspira, romano el individualismo á que, como veremos, conduce, etc. Como no entra en nuestro objeto resumir toda la historia del derecho natural, empresa muy superior además á nuestras fuerzas, tomamos de ella sólo lo que pueda convenir al plan y alcance de este artículo.

En el origen y filiación de aquél se ocupó, como es sabido, Sumner Maine en *L'ancien droit*, y (aunque no con la misma extensión) en *L'ancien droit et la coutume primitive*.

Son muy dignas de consultarse las atinadas observaciones que hace el escritor italiano Vanni á la crítica de Maine en el opúsculo titulado, si mal no recordamos, *Los estudios de Sumner Maine en la Filosofía positiva*, opúsculo de que en tiempo oportuno dió cuenta esta REVISTA.

Digitized by Google

pertenecían á una ú otra esfera, é inspirado acaso, en sentir de Ahrens y de Lorimer, en la división tripártita establecida por Leibnitz en los grados del derecho (1) (si bien en la concepción de este filósofo, que rechazaba la coacción como característica de lo jurídico, no podía conducir al mismo resultado á que llegó en Tomasio), sustituyendo el instinto de sociabilidad, en los tratadistas anteriores considerado como el supremo principio, por el de felicidad, puso en el mantenimiento de la *paz interna* la misión de la moral, así como hizo consistir la misión del derecho en el mantenimiento de la *externa*, ó del orden en las relaciones sociales.

De esta suerte y como según nota un escritor, en el sentido reinante allí se extendía el derecho hasta donde llegaba la autoridad del legislador, las creencias religiosas, en cuyo interés apelaba la ciencia á aquella distinción, que como de conciencia, tocan antes que nada á la esfera propia del individuo y á su felicidad interna, quedaban sustraídas al poder de aquél; y de este modo también lo que sin ser objeto de consideración expresa venía como supuesto en el pensamiento filosófico, á saber, la coacción como lo que caracteriza lo jurídico, se afirma ahora reflexivamente, planteándose así, al sentirse la necesidad de justificar esta afirmación, el verdadero problema *directo* de la naturaleza del derecho; problema que otro filósofo resolverá.

Es éste Kant, en quien el racionalismo, como volviendo sobre sí y adquiriendo conciencia de lo que por su naturaleza es exigido, separa de ella todo elemento que la razón no lleve implícito y en quien aquél, por tanto, reviste su última definitiva forma.

La única cosa que «según Kant» nos presenta la conciencia como incondicionada y absoluta, es la buena voluntad, inde-

---

(1) «*El derecho estricto*, que consiste en la justicia conmutativa: *la equidad*, que corresponde á la distributiva, y *la piedad (pietas, probitas)*, que pertenece á la justicia universal». V. Ahrens, *Enciclopedia jurídica*, tomo 1.°, página 97, nota.

Digitized by Google

pendiente de todo resultado; lo único que, por esto, pide absolutamente ser realizado. En respetar esta buena voluntad en nosotros y en nuestros semejantes consiste el contenido de la Ética; y en respetarla, no por motivo alguno ajeno á ella, sino por ser ella lo que es; de donde la ley no es algo que de afuera venga como á imponérsenos, antes bien es la propia voluntad puesta como objeto de sí misma; lo que constituye, al decir de Kant, su *autonomía;* con lo cual se atiende y satisface la exigencia primera y fundamental del racionalismo, toda vez que al principio de la razón (práctica) no se le añade ó junta materia ó contenido que esté fuera de él, y aplicarlo en todas las situaciones de la vida, esto es, respetar la libertad, deberá ser el fin de todos los preceptos de la Ética, sean morales ó jurídicos.

La libertad, que la razón supone y lleva implícita, es de dos maneras, *interior* y *exterior*, según que ni móvil alguno nuestro, como no sea el absoluto del deber, ni fuerza alguna extraña á nosotros, puedan determinarnos á obrar. Los preceptos cuyo fin es la libertad interior, sin atentar á esta misma libertad que se proponen mantener, no podrían ser objeto de coacción, ya que, en tal supuesto, á ésta y no á la voluntad libre se debería lo ejecutado; lo contrario sucede con la libertad externa, pues aquí ya no se trata de impulsos propiamente interiores y sobre los cuales pueda influir la voluntad para prescindir de ellos ó sujetarlos, sino de la acción de otras voluntades, las cuales, por lo mismo, precisa puedan ser obligadas por fuerza á ellas superior, toda vez que si de ellas dependiera el respetar ó no nuestra libertad, no podríamos en tal caso llamarnos realmente libres.

En todo lo cual se ve el carácter formal y negativo que el derecho reviste en Kant. Formal, en cuanto que la libertad es tan sólo *forma,* ciertamente necesaria para la vida racional, pero forma al fin, bajo la que ésta se produce; negativo, en cuanto que la ley jurídica á ninguna otra cosa puede obligar sino á *abstenerse* de aquello por donde la libertad de los demás

Digitized by Google

pueda venir menoscabada. Y como, á menos que degenere en puro arbitrio, no es posible concebir la libertad sin contenido que la llene ó sin ley á que obedezca, contenido y ley á que Kant, declarando incognoscible la realidad *nouménica*, se había incapacitado llegar; Fichte, para quien el *yo* subjetivo ocupa el lugar que la razón en aquél, separa el derecho de la Ética, haciéndolo consistir en la libertad individual y arbitraria, limitada por la libertad de los demás, bien que no contenida, como en Kant, en la razón, sino en la ley de conciencia, lo cual para su propia existencia como *yo*, individuo, requiere la existencia y libertad de otros individuos á ella contrapuestos (1).

De este modo el derecho ya no deriva, mediante deducción racional, de ley alguna á él anterior, antes del hecho previamente existente de la libertad del sujeto; y así queda resuelta —por la eliminación de uno de los términos—la contradicción (2) en que luchan en el desarrollo del derecho natural los dos principios en que esta ciencia trataba de apoyarse, sin hasta entonces optar definitivamente por ninguno de ellos con exclusión del otro; la razón—facultad de lo *necesario*—y el poder *libre* de la voluntad; contradicción á que Kant atiende equilibrando, por así decirlo, aquéllos con la separación del hombre *en sí* y del hombre *real*, y de los derechos á uno y á otro pertenecientes.

De esta suerte también, y al paso que el racionalismo subjetivo alcanza pleno desenvolvimiento, la moral y el derecho, unidos en Kant aun por el nexo de la libertad racional (3) y

(1) V. Sthal, *Historia de la Filosofía del derecho*, de donde principalmente está sacada esta ligerísima cuanto imperfecta exposición de la doctrina de Fichte; para comprender la cual, reconocemos desde luego como precisa una mayor explicación y esclarecimiento de puntos á que aquí apenas podemos hacer referencia.

(2) Contradicción que sólo puede presentarse cuando se entiende la libertad como libre arbitrio. Véase lo dicho arriba.

(3) Alas, *El Derecho y la Moralidad*.

Digitized by Google

cooperando los dos al propio fin (1), restan ahora desligados de toda relación. La moral, como fundada en la actividad primordial del *yo*, en la «tendencia» de éste á obrar independiente de todo motivo empírico, prescribe, en la concepción de Fichte, deberes tan sólo; mientras el derecho, fundado en la existencia *ya anterior* de la libertad, y dado para ésta, por tanto, bien puede decirse de él que en «amarse á sí contra los demás» consiste todo su contenido y norma suprema. Por lo cual, una misma acción puede á un tiempo prohibirse en aquélla y autorizarse en éste, resultado á que, sin incurrir en contradicción, no es posible llegar cuando se quiere deducir una y otro—moral y derecho—de un solo concepto racional.

La importancia de la doctrina de Fichte no está en que haya adquirido con ella nueva forma el derecho natural, cuya misión continúa siendo la coexistencia de las libertades—por la cual razón se dice arriba que recibe aquél en Kant su expresión última y definitiva—sino en el absoluto predominio de la libertad individual y en la total carencia de sentido ético que para la vida del derecho trajo; ya que si el fin de la justicia continúa siendo aquélla—la libertad—, el *motivo*, por así decirlo, en que debemos inspirarnos al respetarla no se funda en consideración alguna superior, antes bien en ella misma y en su particular interés, y sólo hasta donde los demás respeten la nuestra (2).

***

Procede ahora, pues que aquí termina el desarrollo del derecho natural, resumir las notas halladas y las consecuencias con que influye en la vida, toda vez que esta dirección del

---

(1) Según Carle, «preparar el terreno al *honeste vivere*», siendo la libertad exterior condición de la interna.

(2) Lo que constituye la llamada *reciprocidad*, supuesto carácter del derecho, que ya en Rousseau forma la base del sistema del *pacto social*.

Digitized by Google

pensamiento preside, en la esfera especial de actividad á que se refiere, á toda la evolución moderna; y aun las corrientes de reacción que contra ella en nuestros días se han producido, todas, cuál más, cuál menos, participan, como veremos, de su sentido.

Es la primera de estas consecuencias, como ya se hizo notar, la afirmación de un derecho uniforme é inmutable, como inmutable é igual para todos es la naturaleza humana, en que se funda, *in abstracto* considerada; derecho natural como enfrente y opuesto al derecho positivo (1), donde se reflejan todas las circunstancias particulares y transitorias en que la vida se da por necesidad siempre; pero á las que la razón, sin salir de sí misma y por el mero proceso deductivo, no puede descender.

De aquí, por ejemplo, la tendencia de las legislaciones modernas á concretarse en grandes Códigos, en los que toda influencia local y tradicional fué hasta donde cabe desatendida; cuerpos de leyes con los cuales, á modo de *fiat* creador de la vida social, creyó el legislador poderla sujetar al número, peso y medida de sus particulares convicciones; de aquí, por lógica consecuencia, más que el olvido, la guerra declarada á la costumbre como fuente de derecho, y de aquí, por último, y como advierte Carle, las aspiraciones que en esta escuela se manifiestan á una codificación universal (2).

---

(1) Un escritor italiano, Auzilloti, si no nos es infiel la memoria, distingue en el derecho natural, y por lo que toca á este punto de sus relaciones con el positivo, dos épocas: en la primera se consideró aquél como destinado á servir de complemento á éste, y en la segunda en que se miraron como opuestos, el natural aspira á sustituir en lo posible al positivo.

Este carácter «revolucionario» lo nota Maine como uno de los que diferencian el derecho natural moderno de la misma concepción en Grecia y Roma.

(2) Por lo que hace á la igualdad entre el derecho perteneciente á cada persona—de que es en cierto modo expresión la frase de «la igualdad ante la ley»—de la imposibilidad de desconocer la diversidad de condiciones jurídicas nacida de la diversidad de los accidentes de la vida, se originó la división de los derechos en *connaturales* y *adquiridos*: entre los primeros está el

Digitized by Google

Y como en la coacción se puso lo esencial del derecho, con lo que desligado éste de todo lazo interno, deviene cosa puramente exterior y material, su realización fué confiada, no á la libre iniciativa é intención del agente, de donde los actos humanos, por tener aquí su raíz, reciben todo su valor, sino al «sistema todavía reinante de contrapeso, de intervención y de fiscalización», cosas todas ciertamente no muy compatibles con la libertad, que á tanta costa se trataba de asegurar (1).

Otra de las notas que la corriente que examinamos revistió, y dentro de ella la más característica y culminante, por lo mismo que era la causa primera que daba impulso al movimiento y el fin último adonde éste se dirigía, es el sentido individualista que para la ciencia y para la vida toda, por tanto, trajo; sentido individualista al cual cooperaron factores de diversa índole (2), pero que vienen todas á concretarse en la fórmula de la coexistencia de las libertades en que el derecho natural puso el fin supremo y único del derecho y del Estado.

---

pacto, de tantísima importancia y transcendencia en toda esta corriente, y medio con que, dejando á salvo la *igual* libertad de todos, se suplen las deficiencias de la razón, impotente, como decimos en el texto, para bajar hasta lo mudable y concreto.

(1) Tiene su expresión máxima esta manera de considerar la realización del derecho en Schelling, cuando el autor del *Idealismo transcendental* afirma que tanto más perfecta sería la constitución de un pueblo cuanto más se aproximase á la fatalidad de las leyes de la naturaleza.

La rama del derecho donde este sistema encontró su más visible aplicación, es, como se sabe, el político. Los dos factores de éste en los tiempos modernos, el *constitucionalismo* y el *liberalismo*, Montesquieu y Rousseau, coinciden aquí.—V. el estudio del Sr. Giner, *La política antigua y la política nueva*.

(2) Principalmente las doctrinas de la antigua Economía, al reclamar la libertad y la exención de toda traba (sobre todo de las que provenían de la manera de ser de las antiguas corporaciones) en nombre de las leyes naturales, que se suponía regían en esta esfera.—Véase Giner, *El individuo y el Estado*; *El Gobierno; La Nación*. (REVISTA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, tomo 57.)

Digitized by Google

Para nuestro particular objeto nos conviene distinguir ahora dos puntos de vista desde los cuales el movimiento y sentido individualista puede ser contemplado.

Los llamaremos respectivamente *externo* ó *interno*, según que las consecuencias y efectos del individualismo se miren, en lo tocante á la desaparición de las personas sociales, en que la prestación jurídica forzosamente se efectuaba antes; ó en lo tocante al concepto y fin del derecho que aquél envuelve y de donde á su vez deriva; pudiendo decirse que en la marcha seguida por la historia se pasó como de un extremo al opuesto, de la cooperación obligatoria en que el elemento de la libertad quedaba desatendido ó anulado, al predominio exclusivo de ésta, erigido para cada cual en centro y fin absoluto de su actividad. Así, la misión del derecho, aun en lo que tiene de positivo, en la prestación de condiciones, es—y aunque parezca contradictorio—puramente negativa: más que unir, separa y aisla, como encerrando á cada persona dentro del círculo inviolable de su libertad individual. La cooperación para fines racionales, de la cual, so pena de romper todo lazo social, no es posible prescindir, quedó relegada á la esfera de la caridad, y dependiente siempre del arbitrio del sujeto que ha de prestarla.

Y de la relación que entre estos dos puntos de vista que acabamos de señalar media, no cabe un momento dudar, pues ya veremos en adelante cómo en un más amplio concepto del derecho van tan indisolublemente unidos, que éste, agrupando los individuos en las colectividades sociales y cooperando mediante ellas á un fin á todos común, no podrá decirse en este caso que «en amarse á sí sobre todo» consiste la misión de la justicia, antes bien en atender al fin racional, hállese fuera de nosotros, ó en nosotros mismos.

En el derecho tocante al orden económico, factor que, como se indicó antes, tan importante papel desempeña en la evolución jurídica moderna, era donde, como por lo mismo no podía menos de suceder, primero debían aparecer y jun-

Digitized by Google

tarse todos los caracteres de ésta; y así pudo un escritor (1) decir con gran exactitud, que las notas que distinguen la propiedad actual son las de ser *individual, libre* y *exclusiva*. Y si por la primera les fué en gran parte restringida á las personas sociales la capacidad de adquirir, por las segundas y «confundidas bajo la inspiración de un liberalismo abstracto la libertad con la arbitrariedad, con menoscabo de los fueros de la razón y con olvido de que el bien es el fin de uuestra actividad, se ha llegado á suponer que el reconocimiento, en buen hora consagrado por el legislador, del derecho en el propietario á gozar, disfrutar y disponer libremente de sus cosas, le confiere la facultad de ejercitarlo atendiendo tan sólo á su propio interés y no al bien común y social». Nada, pues, más natural, dada la índole de los problemas económicos cuya solución, por las necesidades á que se refieren, tanto y en primer término ha de preocupar siempre, que fuera aquí donde resonaran con eco más prolongado las voces de protesta que contra esta concepción abstracta, inspiradora de la vida social en nuestros días, se levantaron, y que de aquí, y á nombre de esas necesidades, mayor impulso recibieran los movimientos de reacción que á completar aquélla (rectificándola) aspiran.

*
* *

Reacción que, siguiendo la ley que en este punto gobierna la historia, corresponde y se extrema en cada una de las notas que acabamos de señalar. Y así contra la exaltación del derecho natural y el menosprecio del positivo, aparece la escuela histórica con la exaltación de éste y la absoluta negación de aquél, desestimando el primero de los dos factores, de cuya composición y armonía, y sólo de ella, pende el progreso de la vida; la razón y el hecho, la ley y la costumbre, el ideal y la tradición. Contra el carácter meramente exterior y formal del

(1) El Sr. Azcárate, *Historia del derecho de propiedad*.

Digitized by Google

derecho aparece la escuela teológica con la rehabilitación del elemento interno y la superior consideración de la justicia, como orden emanado de Dios y cooperador en el plan de su Providencia; pero desconociendo, á su vez, el propio valor y sustantividad de aquélla, que pierde al identificarse con el fin religioso, de donde recibe la dirección y el supremo criterio para su vida (1). Contra el carácter negativo ó de pura abstención reobra el socialismo, que á la prestación de condiciones en bien de todos sacrifica el elemento de la libertad individual, ya por sí sola incapaz, como vacía de todo contenido, de llenar las propias y verdaderas exigencias de la vida á que el derecho atiende; pero mucho más cuando erigida, como vimos, para cada cual en único interés y centro de su actividad, no sujeta por freno alguno de consideración y ley racional, ante quien nuestras necesidades y nuestros fines ni significan ni valen más que los fines y necesidades de los otros hombres, no en el valor y dignidad que éstos como personas tienen, sino en sí propia y en su particular provecho encuentra la norma que en sus relaciones con ellos ha de dirigirla. Y de esta suerte, lo que, como el derecho, es orden de desinterés, de abnegación y de sacrificio, se trueca y degenera en el desorden del egoísmo y en la confusión y lucha de los intereses segundos y pequeños, ó empequeñecidos, mejor.

Como reacción, por último, enteramente radical, y dirigida, por tanto, no á los resultados tan sólo, sino á la raíz misma del racionalismo, aparece la escuela positiva con la negación de todo conocimiento *a priori*, de todo concepto racional y de todo método deductivo... mera generalización, el derecho, de los datos que la experiencia proporciona, como, en general, la razón humana nueva *tabula rasa* que la observación cubre de

(1) Este es el cargo que generalmente se formula á la escuela teológica y que nosotros reproducimos, no sin advertir que por nuestra parte no vemos tan clara la solución que en él se da al problema de las relaciones de la religión y el derecho.

Digitized by Google

hechos á través de los cuales llega la inducción á la ley, única cosa que en este punto nos es dado alcanzar.

Ninguno de estos sistemas ha acertado á salir, sin embargo, totalmente del concepto del derecho fundamental en el racionalismo (1), el cual concepto, por falta de previo y reflexivo análisis (sin el que lógicamente, y á menos de carecer de base segura, no es posible pasar á otras cuestiones) suponen siempre como admitido y fuera de toda discusión. Para todas (y cuando menos) las relaciones jurídicas se refieren tan sólo á las exteriores de la vida social, susceptibles de coacción. De aquí que el valor (ciertamente inestimable, sobre todo, por la riqueza de observación con que toda teoría *particular* ilustra el aspecto del problema á que se limita) que para el progreso del pensamiento tienen, más está en la parte negativa ó de crítica, que en la positiva ó de afirmación.

Los pensadores de la escuela positiva, los cuales investigan el derecho en los datos que proporciona el desarrollo de la sociedad, llevan á sus investigaciones como supuesto siempre un concepto de aquél (sin lo cual imposible les fuera *reconocerlo* al encontrarlo en la historia); concepto que no cabe dudar sea el kantiano, mucho menos después de la publicación de la *Justice,* de Spencer.

Precisa ahora, ya que, como al empezar se dijo, edificar des-

---

(1) Por lo que hace á la escuela histórica (y aparte de lo que se dice en el texto, aplicable á todas), su concepción del derecho es esencialmente la misma que la del liberalismo abstracto que se propuso combatir: en los dos se deriva aquél de la voluntad subjetiva del pueblo, manifestada en un momento dado para el uno, y á través de la historia para la otra. (V. Ahrens, *Enciclopedia*, etc. Traducción española, págs. 108 y 109, nota del traductor.)

La manera de resolver, v. gr., el problema político la escuela teológica, casi siempre por los mismos medios de contrapeso, intervención y fiscalización, tan en boga puestos por el doctrinarismo. (V. Giner, *Política antigua*, etc.) y las aspiraciones del socialismo á imponer las que cree soluciones del problema social, valiéndose del poder *coactivo* del Estado, justifican la afirmación hecha arriba.

Digitized by Google

pués de haber destruído es la misión de la ciencia en nuestros días, recurrir á la indagación *directa* de la naturaleza del derecho, insustituíble cimiento sobre el que toda construcción científica puede levantarse. Sólo á la luz de este concepto es posible separar la parte cierta que (ya por ser humana, aunque otra cosa no fuera) encierra cada concepción filosófica. Sólo en él cabe armonizar las tres oposiciones que de lo expuesto en este artículo resultan entre el derecho natural y el positivo, entre la moral y el derecho, entre el individuo y la sociedad. De ellas parece la de mayor importancia la segunda, por tocar, por así decirlo, más á *lo interno* del derecho; pues sea éste el natural ó el positivo, cúmplase por el individuo ó en las personas sociales, antes que nada interesa saber lo que es, mediante qué actos se realiza y á qué género de relaciones se refiere. A ella dedicaremos el artículo siguiente, entrelazando nuestro punto de vista con la exposición de los capítulos que Lorimer consagra á esta materia bajo el epígrafe que va á la cabeza de estas líneas.

JESÚS ARIAS DE VELASCO.

Junio de 1893.—Sama de Grado (Asturias).

Digitized by Google

UNA SENTENCIA IRREALIZABLE

Interpretación de los artículos 224, 228 y 229 del Código de Comercio

I

Considera el que suscribe como verdad casi axiomática en derecho mercantil, que cualquiera de los socios en las Compañías colectivas por tiempo indeterminado puede pedir y obtener la disolución del organismo, y también retirarse con su participación, sin que la Sociedad desaparezca, no pudiendo los demás oponerse, sino por causa de mala fe en el solicitante.

Que habiendo armonía entre los asociados, ninguno utiliza el expediente de la disolución ó muerte de la persona moral, no cabe duda, una vez que, el mismo resultado obtiene retirándose, en los términos que marca el art. 225 del Código antes citado. Con todo, al ser perfectamente legal el primer derecho, pueden los socios ejercitarle, cuando lo tengan por conveniente, siempre que, para ello, se ajusten á las reglas del procedimiento.

Puede darse el caso, y de hecho se ha presentado, en el cual, solicitada la extinción de una de estas organizaciones ante la jurisdicción ordinaria, no sólo salieron los demandantes de los moldes á que deben sujetarse en la tramitación, sí que además formularon la súplica en términos tan desgraciados é imposibles de realizar, que interesaron del Juzgado, que acordara la disolución total, y como consecuencia de ella, después de ultimadas las operaciones pendientes, la liquida-

Digitized by Google

ción y división del haber social entre los partícipes, conforme á las reglas que enseñan los artículos 227 y siguientes del Código mercantil; olvidando, que, semejantes facultades sólo son propias de las mismas Sociedades, derecho que ejercitan por medio de sus juntas generales. El fallo recaído fué de conformidad á lo solicitado en la demanda.

Por lo que se ve, realmente se trataba de una cuestión de orden público, relativa á saber la manera legal ó propia de llevar á efecto la disolución completa de la Compañía; puesto que el derecho reclamado es indiscutible por su evidencia, y así lo reconocieron de buen grado los demandados, si bien excepcionaron por falta de atribuciones en el Tribunal ordinario; de suerte que el único punto en semejante litigio debatido, estribaba en determinar, si era la jurisdicción ordinaria, ó la soberanía de la Junta general, la encargada de las repetidas funciones.

El art. 227 del citado Código expresa, que en la liquidación y división del haber social se observarán las reglas establecidas en la escritura de Compañía, y en su defecto las que se indican en los artículos siguientes; por manera que, no habiendo estas reglas en la escritura social de referencia, forzoso se hace utilizar el artículado del Código.

El 228 establece sin excepción, que, desde el momento en que la Sociedad se declare en liquidación (disolución de derecho que decía el 337 del Código anterior), cesará la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones, etc., quedando limitadas sus facultades en calidad de liquidadores, á percibir los créditos de la Compañía, á extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo, y á realizar las operaciones pendientes.

Si bien el artículo anterior habla de las sociedades en general, el 229 se refiere ó circunscribe á las comanditarias y colectivas exclusivamente, y determina que, si entre todos los socios hay unidad de pensamiento, continuarán como liquidadores los que hayan tenido la administración del caudal social, y ha-

Digitized by Google

biendo contradicción, se convocará inmediatamente Junta general, y se estará á lo que en ella se resuelva, así en cuanto al nombramiento de liquidadores de dentro ó fuera de la Sociedad, como en lo relativo á la forma y trámites de la liquidación, y á la administración del caudal común.

Tratan respectivamente de las obligaciones y responsabilidad de los liquidadores los artículos 230 y 231, formulándose en el 232 y siguientes los preceptos para la división y entrega del haber social por los mismos, con lo cual se evidencia, que para nada interviene la autoridad pública, en cuanto concierne á la conclusión de estas organizaciones, ya terminen su vida concreta, por lo que respecta á las de plazo ó tiempo limitado, ó se extingan las indefinidas, como la de referencia.

Tal es la verdadera doctrina, y en modo alguno la consignada en la sentencia aludida; mas si duda pudiera alcanzar, quien no profundice ó medite algo sobre la cuestión presente, es seguro su convencimiento con la siguiente reflexión: es un hecho indiscutible, que las Compañías mercantiles, ó muchas de ellas, tienen más importancia material que las fortunas individuales: los legisladores de los pueblos cultos han marcado en su derecho público reglas, encaminadas á dar solución á las divisiones de bienes, producto ó resultancia de la desaparición ó muerte de las personas físicas, que muchas veces son verdaderas liquidaciones y divisiones de sociedad; y envolviendo este razonamiento una verdad matemática, ¿habíamos de tachar á nuestros hombres de ley de tan miopes, que hubieran dejado desamparadas estas personas jurídicas, sin dedicarles un título en la ley de Enjuiciamiento civil, relativo á la forma de disolverse ó desaparecer del mundo legal?

Pues si en este Código no existen las aludidas reglas, es porque la materia se halla articulada en el de comercio, como antes se expresó, justificándose con ello además uno de los caracteres esenciales del derecho, la unidad, puesto que el procesal y el sustantivo se hallan en los artículos que se analizan, y en otros muchos casos, confundidos ó compenetrados.

Digitized by Google

II

Demostrada la ilegalidad del fallo, que se apoya en la infracción del art. 372 de la ley de Enjuiciamiento civil, por no haberse apreciado la doctrina de los demandados en los considerandos (que carecen de fundamento de ley), veamos si aquél puede tener vida legal y material. Toda sentencia, á más de ser congruente, como ordena el 369, debe ser posible en el orden de la naturaleza; luego si la analizada dice, que se verifique la disolución total, y como consecuencia de ella la liquidación y división del haber social, siendo así, que estas últimas operaciones concluídas constituyen la repetida disolución, demostrado está que se manda una cosa que repugna al orden natural y ordinario de las cosas. ¡Cómo ha de verificarse la liquidación y división de una sociedad que no existe, por más que un Juez indocto ó complaciente así lo ordene!

Con la extraña y anómala petición al principio reseñada, los demandantes no podían referirse, ni á la disolución de hecho, ni á la de derecho: la disolución de hecho lo es, después de verificada la división y entrega de haberes, por consiguiente no se refiere á ella la demanda; y la de derecho viene á ser como el epígrafe de la liquidación, y tiene lugar cuando la Sociedad, en uso de su soberanía, se declara en liquidación; luego al pedir, que ésta y la división se realicen, precediéndole la disolución, resulta un verdadero absurdo, un imposible, y tampoco á ella puede referirse la demanda.

Toda la dificultad trae su origen de la incorrección ó desaliño de la súplica, en la que, se debió solicitar (aunque no al Juzgado) la liquidación y división, cuyas dos operaciones terminadas constituyen la disolución completa ó extinción del organismo social, y de ningún modo los extremos contradictorios que contiene el escrito. Con ello demuestran los demandantes ignorar, que el contrato de sociedad tiene la especialidad, de que carecen los demás contratos sinalagmáticos, de generar

Digitized by Google

siempre un nuevo ser, una persona moral con verdaderos derechos y obligaciones, llevando la mercantil, conforme á su naturaleza orgánica, reglas para venir al mundo de la ley, ambiente propio para desarrollarse ó conseguir un fin honesto, y por último, elementos necesarios y adecuados para disolverse ó morir reglamentariamente sin ingerencia ó intervención de la autoridad pública.

Viene á ser la súplica tan impropia ó no adecuada, como lo sería la pretensión de un heredero ó acreedor, si queriendo reclamar su herencia ó crédito, pidieran desde luego al Juzgado la adjudicación ó cantidad en el escrito promoviendo el juicio universal. Cierto, que éste será el objetivo de quien, para tal fin, incoe el juicio de testamentaría ó abintestato; pero la verdadera fórmula es prevenirlo, y al amparo de sus reglas se verifican las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación, las cuales dan por resultado la consecución del derecho perseguido, que de otro modo no alcanzaría.

En apoyo de la tesis sentada pueden también estimarse dos razones, por las cuales se demuestra, que, ni dentro del orden jurídico, ni en el ordinario de las cosas, es viable el fallo: 1.ª, el haber social no se liquida propiamente hablando; la liquidación versa ó se verifica con respecto á terceras personas, que tengan con la Sociedad contratos y operaciones pendientes, la cual, como va dicho, juntamente con la división acabada, constituyen la disolución total; por donde se ve que, no puede ser esta operación antes que la liquidación, primera base para aquélla, ni por el Código, ni el orden de la naturaleza; y 2.ª, por que al decirse en la sentencia, que no tendrá la predicha liquidación lugar, hasta que resulten ultimadas las operaciones pendientes, y ser éstas la materia de la misma, resulta un verdadero enigma ó galimatías, que traducido al lenguaje común ó vulgar, significa: *Que no debe dar principio la liquidación, hasta que se halle terminada.*

MANUEL M. LOZANO.

Digitized by Google

CONSULTA

Evicción y saneamiento, rigiendo el Código civil, de una venta celebrada con anterioridad á la publicación de éste.

En 1848 falleció Doña C., bajo el testamento que había otorgado años antes, en el cual, después de hacer varios legados, instituyó y nombró por su única y universal heredera, mediante á carecer de ascendientes y descendientes, á su sobrina X., con la condición de que si ésta falleciera sin sucesión, no pudiera disponer en favor de personas extrañas de los bienes de la testadora que poseyere, pues para este caso quiso esa señora que volvieran á su tronco, dividiéndose por iguales partes entre los hijos de su difunta hermana M. ó los sucesores de éstos.

Desde 1848, en que murió la testadora, hasta 1888, en que falleció la heredera, ésta enajenó, mediante expedientes posesorios, todos los bienes que recibió de aquélla, importando sólo al objeto de esta consulta manifestar que por escritura otorgada en Octubre de 1873, X. vendió á Y. una de las fincas heredadas de su cuñada.

A esa escritura concurrió F., hermano de la vendedora y ex albacea de la causante, y después de manifestar dicho señor que «tenía la prueba real y material y el íntimo convencimiento de que la finca que enajenaba su hermana, á más de ser de la exclusiva propiedad de ésta, se hallaba libre de todo gravamen, *contrajo para sí, y en la más solemne forma de derecho se comprometió á responder al adquirente de la evicción y saneamiento,* relevando de esta obligación á la vendedora.»

A la defunción de ésta, ocurrida en estado de soltería en

Digitized by Google

1888, uno de los descendientes de M., á nombre de la testamentaría de dicha señora, promovió el oportuno juicio, y sustanciado éste, declararon los Tribunales nulas y sin ningún efecto legal las inscripciones posesorias de las fincas que la vendedora recibió, como heredera de Doña C., las enajenaciones de las mismas hechas á terceros poseedores, y sus inscripciones en el Registro.

Por una circunstancia inexplicable, el poseedor actual de la finca vendida á Y. fué absuelto en ese procedimiento, fundándose tal resolución en que si bien fué emplazado debidamente, no se personó en los autos ni se pidió que fuese declarado en rebeldía, razón por la cual continúa hoy en la posesión del cercado.

Dicha finca vale en la actualidad mucho más que al tiempo de la venta, y para el caso de que la testamentaría de Doña M. trate de reivindicarla, como lo hará en plazo brevísimo, se pregunta:

¿Puede exigir el poseedor actual del inmueble lo que éste vale hoy, ó sólo tiene derecho á la cantidad en que le adquirió su causante?

Las leyes de Partida, bajo cuyo imperio contrajo F. obligación de sanear, disponían que si el vendedor no quisiese amparar al comprador ó no lo pudiera defender á derecho tenudo, era de tornarle el precio que recibió de él por aquella cosa que le vendió con todos los daños y menoscabos que le vinieron por esta razón; y el Código civil, en su artículo 1478, preceptúa que cuando se haya estipulado el saneamiento ó cuando nada se haya pactado sobre este punto, tendrá el comprador derecho á exigir del vendedor, si la evicción se ha realizado, «la restitución del precio que tuviese la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor ó menor que el de la venta.»

Existiendo tal disparidad entre los preceptos de la legislación derogada y los de la vigente, no sorprenderá que exista igual disparidad de criterios entre los interesados y aun entre

Digitized by Google

los Abogados que han tenido conocimiento de estas cuestiones.

Dicen unos que el que contrajo la obligación de sanear la compra, la contrajo en la extensión y con el alcance que determinaba la ley 32, tít. 5.º, Partida 5.ª, y además de recordar el principio de que en casos dudosos, las obligaciones deben interpretarse en favor del obligado, alegan que según las disposiciones transitorias del Código, las variaciones introducidas por éste, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tienen efecto retroactivo.

Otros, por el contrario, fundándose en que F., en vez de adquirir un derecho por la escritura de 1873, contrajo única y exclusivamente la obligación de eviccionar y sanear la venta que su hermana llevó á efeeto; en que el saneamiento no puede exigirse hasta que haya recaído sentencia firme, por la cual se condene al comprador á la pérdida de la cosa adquirida; en que este hecho no se ha realizado todavía; y en que cuando se realice, se realizará forzosamente con posterioridad á la vigencia del Código, entienden que el poseedor del cercado de cañada Magdalena tiene derecho á exigir, no la cantidad en que adquirió su causante la cosa, sino el precio que tenga ésta al tiempo de la evicción.

Además del respeto que me merecen las opiniones, siempre ilustradas, de esa REVISTA, fuérzame á dirigirle esta consulta la especialidad del caso, compuesto, al parecer, de un hecho realizado el año 1873, y por consiguiente bajo el régimen de las leyes de Partida, y de otro, ó sea la pérdida de la cosa adquirida ó comprada, que cuando se realice se realizará bajo el imperio del Código, de cuyos dos derechos reunidos y no separados nace la obligación de sanear.

Para simplificar la contestación añadiré que en el caso de la consulta ni hay motivo para pedir deducción de impensas, ni puede alegarse que el poseedor haya dejado de notificar al eviccionante la interposición de la demanda, reduciéndose la dificultad á la única cuestión que queda planteada.—UN SUSCRITOR.

Digitized by Google

CONTESTACIÓN

No es, á nuestro juicio, grave esta dificultad, porque si bien no hay verdadera conformidad, en cuanto á los efectos de la evicción, entre las disposiciones de la ley de Partida y lo preceptuado en el art. 1478 del Código civil, es lo cierto que tampoco existe absoluta oposición, ni siquiera resulta diferencia por lo que se refiere á la solución del caso consultado.

Según la ley 32, tít. 5.º de la Partida 5.ª, en el caso de evicción el vendedor está obligado á devolver al comprador el precio que recibió por la cosa qne le vendió con *todos los daños* y *menoscabos* que le vinieron por esta razón, y aunque no ha habido unanimidad en los escritores y comentaristas al explicar é interpretar dicha ley, hay que convenir y convienen la mayoría de aquéllos en que si la cosa vendida valiese más al tiempo de la evicción que al de la venta, el vendedor está obligado á pagar también ese mayor valor como *reparación* del *perjuicio* que al comprador causa la evicción.

No es nada claro el texto de la ley de Partidas en cuanto al precio que debe abonar el vendedor, porque si en su penúltimo párrafo dice «el *vendedor* tenudo *es de tornarle* el *precio que recibió dél por aquella cosa que le vendió*», lo cual significa que ha de *devolver* el precio de la venta, en su párrafo último esa misma ley contiene lo siguiente:

«E si por aventura cuando gela vendió se obligó á pena del dollo si non gelo amparase según dicho, con todo eso non se entiende que le debe pechar el precio doblado tan solamente, más la cosa doblada maguer *más valiese.*»

Ó lo que es lo mismo: en este caso el vendedor ha de pagar el doble del valor que tenga la cosa al tiempo de la evicción, y puede ser éste bastante mayor que el que tenía al tiempo de la venta, que es precisamente lo que ocurre en el caso de la consulta.

La diferente doctrina jurídica que se deduce de esos dos

Digitized by Google

párrafos de la ley, ha dado lugar á muy distintas interpretaciones de ésta, y siendo necesario aplicar las reglas de derecho sobre indemnización de daños y perjuicios, se ha llegado á sostener por algunos autores que el comprador de la cosa no puede recibir nunca en el caso de evicción menor cantidad que el precio de la venta, aunque el valor de la cosa vendida se haya reducido por cualquiera causa, excepto el de culpa del mismo vendedor, y en cambio ha de recibir todo lo que la cosa valiese de más en el día de la evicción, porque el vendedor debe indemnizarle, según el precepto legal, ese perjuicio, esa pérdida que tiene, entregando la cosa que compró.

Es, sin duda alguna, más justo el precepto del art. 1478 del Código civil, concediendo al comprador el derecho de exigir del vendedor la restitución del precio que tuviese la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor ó menor que el de la venta; es la doctrina del Derecho romano, de la cual se separaron las leyes de Partida; doctrina que no da lugar á que un acto nulo, cual es la venta anulada ó rescindida, pueda ser motivo de ganancia verdaderamente injustificada de una de las partes interesadas en el contrato á costa de la otra parte.

En la evicción, el comprador pierde la cosa que compró, valga lo que valiere; pues éste debe tener derecho á exigir del vendedor lo que valga la cosa al tiempo de la evicción, y no ha de tener asegurada ó garantizada la devolución del precio que dió por la cosa, si ésta llega á valer menos; no es justo que por virtud y como consecuencia de la rescisión ó nulidad de un contrato de buena fe, el comprador pueda ganar sin estar expuestos á perder, y esto sucede según la interpretación de las disposiciones de la ley de Partidas.

Ahora bien: si lo mismo por la interpretación que se da á la ley de Partidas, que con arreglo al texto literal y terminante del Código civil, en el caso de la consulta, por ser mayor el valor de la cosa al tiempo de la evicción que el precio de la venta, la persona obligada en virtud de esa evicción ha de restituir al comprador todo el valor de la finca vendida, resulta que ver-

Digitized by Google

daderamente no hay conflicto alguno porque se aplique una ú otra legislación, sea la antigua ó la moderna, porque es la misma la cantidad que el comprador ha de percibir, bien sea como precio de la cosa, ó como indemnización de perjuicio por su mayor valor en relación con el precio de la venta.

La dificultad sería si el valor de la cosa hubiera disminuído, y el vendedor, invocando la disposición del art. 1478 del Código civil, sólo quisiera restituir al comprador el precio de la cosa al tiempo de la evicción, menor que el de la venta, porque en este caso es clara la oposición, la contradicción de ese artículo del Código civil con el precepto de la ley de Partidas, y la duda estaría en cuál de las dos legislaciones sería aplicable, por los distintos efectos que según una y otra produciría la evicción.

Nosotros, atendiendo principalmente al derecho adquirido por el comprador para el caso de evicción, según la legislación vigente cuando se celebró el contrato; á que según esa legislación tenía derecho á la *devolución del precio que pagó por la cosa*, y á lo que se establece en la primera disposición de las transitorias del Código, como igualmente á las reglas 2.ª y 4.ª, reconociendo validez á los contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, los cuales han de surtir todos sus efectos según la misma, creemos que no tendría aplicación á esa evicción el art. 1478 del Código civil, y que las obligaciones contraídas por el responsable de esa evicción serían las que establecían las leyes de Partida vigentes cuando se celebró el contrato.

En los contratos bilaterales, las obligaciones contraídas por una parte son derechos adquiridos por la otra, y esos derechos adquiridos deben ser respetados y los respeta el Código civil, según se ve claramente por la letra y por el espíritu de las disposiciones transitorias.

El comprador, en el caso de la consulta, tenía asegurada la devolución del precio que dió por la cosa si llegaba el hecho de la evicción: era un derecho que adquirió por virtud de la

Digitized by Google

obligación que una persona contrajo en la escritura de venta; pues ese derecho podía ejercitarle si llegaba el caso de la evicción aun vigente el Código civil, porque no es más que pedir á la persona obligada el cumplimiento de su obligación, válida y eficaz, y cuyos efectos, extensión y consecuencias son los que señalaba y establecía la legislación entonces vigente.

A. Charrín.

Digitized by Google

REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN DE BOLSA

Uno de los puntos menos estudiados de nuestro derecho mercantil es, seguramente, el relativo á la contratación de efectos públicos y al régimen y conveniente organización de las Bolsas de comercio, á pesar de la grande importancia que hoy se da á cuanto se refiere al *crédito público*.

Y es esto tanto más extraño, cuanto que la opinión pública reflejada especialmente en las Juntas sindicales y en las Cámaras de Comercio, y los Gobiernos mismos, proclaman la imperiosa necesidad de reformar la deficiente legislación que actualmente rige en España sobre tan delicada y grave materia.

Sabido es que al tratar de la reforma de cualquier ramo de la legislación, no es posible en buenos principios prescindir de sus antecedentes históricos y dejar de estudiar lo que fué en su pasado, mucho menos en las complicadas cuestiones bursátiles, en las cuales todo lo existente *hoy*, toda esa libertad rayana en peligrosa, dicen era, se explica y en parte se justifica por el *ayer*. No hay para qué, ni lo exige tampoco la índole de este estudio de actualidad, detenernos en indagaciones históricas, ni en la exposición de datos de mera erudición, bien conocidos de los ilustrados lectores de esta REVISTA.

Los que sean aficionados á estas investigaciones, pueden encontrar curiosos datos y noticias acerca de la materia en el *Diccionario Universal de Comercio*, de Savany, en la *Enciclopedia*, de Bandeau, y sobre todo en el notabilísimo libro de Courtois, *Tratado de las operaciones de bolsa y cambio*.

Digitized by Google

Bástanos recordar que la historia de la legislación de Bolsa de nuestra patria comienza en el decreto-ley de 10 de Septiembre de 1831 y concluye al publicarse el vigente Código de Comercio, que, como es sabido, comenzó á regir en 1.º de Enero de 1886.

La actual legislación, esto es, la que hoy rige, lo que constituye el presente en la materia, se halla contenida en tres cuerpos legales ó conjunto de disposiciones oficiales, que son: 1.º, el mencionado Código de Comercio en sus títulos 5.º y 6.º del libro 1.º, artículos 64 á 115; títulos 5.º y 12 del libro 2.º, artículos 320 á 324, y 544 á 566; 2.º, en el Reglamento interino para la organización y régimen de las Bolsas de Comercio, publicado por Real decreto de 31 de Diciembre de 1885; y 3.º, en el Reglamento especial de la Bolsa de Madrid, aprobado por Real decreto de 18 de Junio de 1886. Y puede en rigor decirse que toda esa complicada legislación, así la antigua, ya derogada, como la vigente, inspirada en contrarios principios, reflejando opuestas tendencias, ya de restricción, ya de libertad más ó menos amplia, gira y se resume en dos puntos principales: carácter y eficacia en las operaciones á plazo, atribuciones, requisitos y responsabilidades de los Agentes de Bolsa.

El decreto de creación de la Bolsa de Madrid, debido á la poderosa é inteligente iniciativa del Ministro de Hacienda de Fernando VII, D. Luis López Ballesteros, único de los gobernantes en aquel odioso y funestísimo reinado que ha merecido elogios de la posteridad, merece atento examen en este estudio, porque en él se fijaron los verdaderos principios de la contratación bursátil, que desde entonces han venido constituyendo su materia propia, su especialidad.

Pocas disposiciones se habrán dictado con un convencimiento más perfecto del asunto, con tanto acierto y sincero deseo del bien público, y puede asegurarse, como dice con razón sobrada el Sr. Gómez Moreno, Letrado Asesor de la Junta Sindical de la Bolsa de Madrid y autor de un notable libro sobre la materia, que fuera de ciertos principios que el progreso de

Digitized by Google

los tiempos y el extraordinario desarrollo de las negociaciones de los efectos públicos señalaron como de indispensable reforma, se han conservado después las mismas reglas, las mismas bases y procedimientos que para el orden, conveniente en las transacciones, se establecieron en aquel decreto.

Estableciose el principio de la no reivindicación de los efectos al portador ó á favor de persona determinada vendidos en Bolsa con las formalidades legales, aun cuando el vendedor los poseyera de mala fe, salvo la acción del legítimo propietario contra el vendedor ú otras personas responsables de su desposesión, principio de absoluta necesidad en las negociaciones de esta clase, que consignado sabiamente por la legislación de Cataluña desde el siglo XIV en su privilegio *Recognoverunt proceres* para todas las operaciones en que intervenía Corredor, se desconoció en la ley provisional de 8 de Febrero de 1854, y hubo que establecerle de nuevo en cuanto á los efectos al portador por la ley especial de 30 de Marzo de 1861, y que el vigente Código de Comercio ha hecho extensivo á los títulos en garantía de préstamos.

Más adelantados los legisladores absolutistas de 1831 que los constitucionales de 1854 y que los Tribunales, que por largo tiempo vinieron aplicando las leyes de Partida á los títulos al portador y equiparando éstos á un campo ó una casa, manifestaron conocer mejor la índole especialísima, que á nada se parece más que á sí misma, de la contratación bursátil, y trataron de evitar los conflictos judiciales que posteriormente hubo que lamentar hasta la publicación de la referida ley de 1861.

Las mismas reglas establecidas en la creación de la Bolsa para su régimen interior han venido constantemente adoptadas y continúan vigentes, como son las relativas á la distinción de atribuciones de los Agentes y Corredores en las negociaciones que pueden intervenir; horas precisas para la contratación oficial; publicación de las operaciones de efectos públicos, redacción por la Junta sindical de Agentes del acta de la cotización, en vista de las notas publicadas y de las noticias

Digitized by Google

sobre cambios que les faciliten los mismos Agentes; declaración del curso legal de los cambios de la cotización, sin que puedan reconocerse otros para ningún acto judicial ó extrajudicial, y atribuciones de la propia Junta sindical en cuanto concierne á las negociaciones de Bolsa.

En cuanto á las operaciones y sus formas esenciales, admitía el mismo amplísimo criterio del actual Código, de no ser necesaria la preexistencia de los efectos en el acto de celebrar una negociación á plazo, dejando á voluntad de los contratantes estipular los términos y condiciones que estimen convenientes, de cuyo principio se separaron radicalmente las leyes posteriores de 1846 y 1854, prohibiendo aquélla tales operaciones, y exigiendo ésta como condición indispensable para que tuviesen fuerza civil de obligar que los títulos á negociar existirían en poder del vendedor, á cuyo efecto debían entregar al Agente nota firmada de la operación.

Las operaciones, según el decreto de creación de la Bolsa, habían de ser indispensablemente intervenidas por los Agentes, que en número limitado de 18, y con fianza de 100.000 reales en efectivo, constituían el Colegio.

Establecía también con mejor acuerdo y conocimiento de la realidad de las cosas que los actuales Reglamentos, que permiten la instalación y existencia de Bolsines, que á nada bueno conducen, la prohibición de toda otra reunión que la de la Bolsa en lugar público ó secreto para ocuparse en negociaciones de tráfico, imponiéndose á los contraventores penas pecuniarias, y si fuesen Agentes ó Corredores, la suspensión, y en caso de reincidencia, la privación del oficio; y se establecían asimismo prohibiciones para concurrir á las reuniones de Bolsa, ya por razón del estado natural ó civil, ó por inhabilitación legal, como las mujeres, los eclesiásticos, los quebrados no rehabilitados, los Agentes y Corredores privados ó suspensos del ejercicio de sus funciones, los declarados intrusos en estos oficios y algunos otros, cuyas prohibiciones han estado en vigor hasta la publicación del nuevo Código de Comercio.

Digitized by Google

Debe hacerse notar el principio fundamental que allí se consignaba respecto á la intervención del Agente, al cual se daba sólo el carácter de intermediario ó Notario mercantil para autorizar las operaciones, siendo exclusivamente de cuenta de los comitentes, cuyos nombres debían aparecer en las pólizas, su cumplimiento, é indispensable, así en la contratación al contado como á plazo, se designasen las personas del comprador y vendedor.

Y para que se vea la dificultad de la cuestión, la imposibilidad de que se cumplan en la práctica las disposiciones más atinadas y cuerdas del legislador cuando luchan con la corriente poderosa del interés y de la especulación, ni aun entonces pudo hacerse observar tal principio, y al ver los entorpecimientos y dificultades que ofrecía para las negociaciones la designación de las personas por cuenta de las cuales contrataban los Agentes, el mismo López Ballesteros tuvo que volver sobre sus doctrinas y dictar en 27 de Octubre del mismo año, al tiempo que se instalaba la Bolsa en Madrid, una Real orden aclaratoria prescribiendo que sólo fuera precisa dicha designación para la validez de las operaciones á plazo, cuando los Agentes operasen por cuenta de los interesados, declarándose sus nombres, ejerciendo en estos casos los oficios de simples intermediarios; pero que no era necesaria aquella circunstancia cuando los contratantes reservaban sus nombres, pues en estas operaciones los Agentes obran en su nombre propio y queda, por lo tanto, á su cargo la responsabilidad del cumplimiento.

Los trastornos políticos y las desastrosas consecuencias de la Guerra civil, proporcionaron ancho campo, desde aquella fecha hasta 1841, á la especulación, sufriendo la Bolsa grandes oscilaciones, que perturbaban la contratación con grave daño del crédito nacional, que no podía con tales circunstancias estar á grande altura, y después de haber dejado sin efecto en 2 de Septiembre de 1841 la Real orden que acabo de citar, volviendo á exigir en las negociaciones á plazo los nombres de los contra-

Digitized by Google

tantes para que los Agentes no funcionasen sino como intermediarios, se trató durante la Regencia del General Espartero de publicar otra nueva ley en la materia, y se nombró una Comisión que la estudiase, dictándose en 5 de Julio de 1842 una orden que, por lo curiosa y porque revela que después de cincuenta años estamos en este punto casi lo mismo, he de permitirme leerla íntegra, sometiéndola á vuestro juicio. La expedía el entonces Ministro de Hacienda D. Agustín Fernández de Gamboa, y con una candidez y buena fe propia de los progresistas de la antigua cepa que entonces dominaban, decía así:

«Hace tiempo que llama muy especialmente la atención del Gobierno la desproporción ó desnivel que en las operaciones de Bolsa guardan entre sí los efectos de la Deuda pública, atendidas las cotizaciones que se publican diariamente y constan en los *Boletines oficiales:* por éstas se ve también que las operaciones se hallan reducidas á un estrecho círculo, negociándose así única y exclusivamente sobre los títulos al portador del 5 por 100 con los 11 cupones vencidos: son, asimismo, notables las alteraciones que se advierten en las negociaciones de algunos días, en que, sin motivo conocido, ha tenido la Bolsa en subida y descenso un 8 y aun 10 por 100 de diferencias, y no deja de dar qué pensar á un observador imparcial que el contado tenga un precio más bajo que el plazo, aunque las negociaciones de éste sean en firme.»

¡Confesaba el Ministro que tenía 11 cupones vencidos sin pagar, y se quejaba, sin embargo, de que la Bolsa bajara ocho enteros! ¡Siempre los Gobiernos atribuyendo al país y á los bolsistas sus propios errores! En esto no hemos adelantado nada después de cincuenta años de luchas, de revoluciones, de Parlamento y de esfuerzos por cambiar la vieja organización y por desterrar los errores de nuestros gobernantes, que han impedido desde hace siglos que España llegase á conquistar su antiguo puesto en el concierto de las naciones.

Continuaba el Ministro de la Regencia diciendo:

«Todas estas observaciones, y aun algunas otras que se

Digitized by Google

omiten, hacen temer al Gobierno que la Bolsa se halla monopolizada por unos cuantos agiotistas, ó al menos que en su juego no hay aquella pureza y buena fe que forman la base del crédito, que inspiran la confianza necesaria de los capitalistas y hacen que éstos, lejos de retraerse de las operaciones que aquélla ofrece, empeñan en ella sus capitales en beneficio del crédito público y con provecho propio. Por las razones expuestas, el Regente del Reino, que como primer Magistrado de la Nación se cree obligado el primero á proteger sus intereses, fomentar su crédito y conservar en todo su lustre la proverbial honradez que el nombre español lleva consigo, se ha servido ordenar que V. S., guiado por el interés que le ha inspirado siempre su celo por el mejor servicio, por sus principios de moralidad rígida, por su acreditado amor al país, y valiéndose, si lo juzgase necesario, de los consejos de aquellas personas que merezcan su confianza, proponga con la brevedad posible los medios que crea más necesarios y convenientes para evitar los abusos que quedan indicados.»

Entonces, como ahora, quejábase el Gobierno de la situación de los valores públicos, atribuyendo á los demás las desdichas de que su mala administración era principalmente responsable. ¿Cómo no habían de bajar los fondos y estar la Bolsa en perpetua oscilación, y existir diferencia notable, como ahora también ocurre, entre los precios del contado y del plazo, cuando se debían 11 cupones, y el país y la política estaban en el mayor desconcierto?

La Comisión que se nombró entonces no llegó á formular ni presentar proyecto alguno, porque el Ministro á la sazón de Hacienda, Sr. Gamboa, salió pocos días después del Ministerio á consecuencia, según refiere el historiador Sr. Pirala, de cierto disgusto por una raspadura ó incorrección en un expediente de consumos, por la cual no quiso pasar su compañero de Gabinete, el ilustre Cortina, de gran memoria.

En 1845 se publicó un Real decreto con la innovación de que fuera ilimitado el número de Agentes, pero con fianza de

Digitized by Google

600.000 reales, con prohibición á los particulares de contratar y facultando á los Agentes de bolsa para exigir á sus comitentes el previo depósito hasta 10 por 100 del valor á que ascendieran las órdenes de compra y venta.

No se remediaron por eso los males que los Gobiernos moderados quisieron corregir con aquel decreto, debido á la iniciativa del Ministro D. Alejandro Mon, autor del famoso sistema tributario; y en 1846, tratando, como ahora parece que se desea, de regularizar la contratación á plazo, se puso en vigor por Real decreto de 5 de Abril otro proyecto de ley, que no habían llegado á discutir las Cámaras, estableciendo la absoluta prohibición de toda clase de operaciones á plazo de efectos públicos, bajo penas pecuniarias á los contraventores, y además, si éstos eran Agentes, la privación de oficio en caso de reincidencia. Se dispuso que las operaciones habían de hacerse precisamente al contado, con intervención de los Agentes, y éstos habían de contratar á nombre de sus comitentes, manifestando los nombres y domicilio del comprador y vendedor: se limitó de nuevo á 18 el número de Agentes de cambio y bolsa, y se fijó su fianza en 500.000 reales efectivos.

Radical y notablemente restrictiva era la reforma, como dice el tratadista que citamos antes, y, sin embargo, debe decirse que no dió resultado, porque á medida que el uso del crédito en las emisiones tomaba incremento, se imponía cada vez más la necesidad de la legítima contratación á plazo, como una de tantas formas que la especulación comercial utiliza en sus negociaciones, por más que el abuso y el juego fueran á la par en incremento y produjeran en momentos dados fatales consecuencias. Muy poco después, en 30 de Septiembre del mismo año, tuvo que suavizarse tan extrema dureza autorizando las operaciones á plazo con fuerza civil de obligar, siempre que se hiciera el depósito de los efectos, estableciendo el principio que más tarde consignó en sus decretos de 1875 el Ministro Sr. Orovio, y que hoy apetecen y reclaman los contratantes de

Digitized by Google

buena fe, de que las operaciones de aquella clase fueran todas á voluntad.

Claro es que con todas estas medidas se iba apartando la contratación de la sencillez que caracterizaba á la primitiva ley de Bolsa, y que la especulación, saltando por cima de aquéllas, tomaba rumbo distinto, fiando sus operaciones á la buena fe y creciendo el abuso de aceptar compromisos que no estaban en relación con la solvencia de los que operaban, tal vez por la misma ineficacia de las operaciones de tal modo celebradas.

Pero llegaron los sucesos de 1848, que tan hondamente conmovieron á Europa, con enorme quebranto de todas las Bolsas y en especial de los valores franceses, cuyo 5 por 100 llegó á bajar 50 enteros, y esto, unido á los planes de Hacienda y al llamado arreglo de la Deuda, que hizo en nuestro país Don Juan Bravo Murillo en 1851, produjeron una de las crisis más terribles que ha atravesado nuestra Bolsa. Adolecía ese arreglo de la falta, esencialísima en estos convenios ó conversiones, de la conformidad de una de las partes, que eran los acreedores, y era otro error el gravamen considerable que se impuso á un presupuesto que anunciaba ya un déficit de más de 100 millones y que se aumentó con 200 millones más para los intereses de la Deuda diferida y el pago de la amortizable, que luego se refundieron en Deuda consolidada.

Importa recordar que aquel hacendista se propuso con la mayor energía la unificación del papel y la reducción de los valores á proporciones más equitativas, convirtiendo el 4 y 5 por 100 en el 3; el 5 por todo su valor y el 4 por el 80 por 100, y refundiendo la Deuda del personal en una sola clase.

Lo extraño en Bravo Murillo era que, siendo en las cuestiones políticas reaccionario en extremo, en las cuestiones de la Deuda era demagogo, y estaba de acuerdo con los hombres de ideas más radicales á la sazón.

Todas estas circunstancias tenían que producir su efecto en el mercado, y los sucesos financieros por ellas motivados tra-

Digitized by Google

jeron la preparación y publicación de la restrictiva ley orgánica provisional de la Bolsa de Madrid, que se mandó observar por Real decreto de 8 de Febrero.

Las proporciones, quizá excesivas, que vamos dando á este artículo en su parte histórica, y lo conocida que es de todos esa ley, nos impide hacer de ella el debido examen, aplazando para otro artículo indicar los efectos que produjo y los debidos á su reforma por los decretos del Gobierno revolucionario de 1868 y 1869.

ENRIQUE UCELAY.

Digitized by Google

CONSULTAS SOBRE EL CÓDIGO CIVIL

Si el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo que le legó su consorte en testamento anterior al Código civil, y además al que le concede la ley.

A. fué casado en primeras nupcias con B., y no teniendo este matrimonio herederos forzosos, la esposa, por testamento, instituyó como tal al marido, en absoluta propiedad.

El Sr. A. contrajo segundo matrimonio con C., y en Febrero de 1886 (esto es, antes del Código civil) otorgó testamento, en el cual legó el usufructo vitalicio de todos sus bienes patrimoniales á su esposa, nombrando heredero á un sobrino, é instituyó herederos de los bienes que había heredado de su primera consorte en pleno dominio á otros sobrinos y parientes, en esta forma: «Aunque según la cláusula 18.ª del testamento bajo que falleció mi esposa B., otorgado ante el Notario que autoriza el presente en 1877, soy dueño absoluto de todos los bienes que de la misma heredé y puedo disponer de ellos según me parezca, no obstante, atemperándome fielmente á los deseos é instrucciones reservadas de dicha mi esposa, instituyo y nombro en herederos propietarios y de libre disposición á, etc. (siguen los nombres).»

A. falleció en 12 de Agosto próximo pasado, ó sea rigiendo ya el Código civil, sin dejar descendientes ni ascendientes, y en atención á su disposición testamentaria antes nombrada y á lo que disponen el art. 837 del mencionado Código y la disposición 12 de las transitorias del mismo, ocurre

Digitized by Google

la duda de si, siendo A. dueño de unos y otros bienes, á saber, de sus patrimonales y de los que heredó de su primera mujer, y habiendo nombrado á la segunda usufructuaria de la totalidad de los primeros, tiene ésta ó no derecho también al usufructo de la mitad de los segundos.

Debe advertirse, para presentar por completo la cuestión, que con la mitad de todo el usufructo, esto es, de todos los bienes que eran del testador, como patrimoniales unos y como heredados de su primera esposa otros, falta poco para cubrir la mitad que al usufructo de la mitad de la herencia da derecho al cónyuge sobreviviente el artículo citado 837 del Código.

Respetables compañeros de aquí entienden:

1.° Que el testamento de A., de Febrero de 1886, bajo el cual falleció, sólo puede ser modificado por otro testamento posterior, y por lo tanto, no existiendo éste, deben cumplirse las cláusulas de aquél, tal y como están escritas.

2.° Que cubriendo la mitad del usufructo de todos los bienes del A. (patrimoniales y heredados de su primera consorte), la totalidad del usufructo de los primeros asignado á la viuda en el testamento, queda cumplido el precepto del art. 837 del Código.

3.° Y que habiendo vivido A. en el período de tiempo que media desde 1.° de Mayo de 1889, en que empezó á regir el Código, hasta el 12 de Agosto último, y debiéndosele suponer enterado de lo que sobre usufructo para los viudos vino á consignar el repetido art. 837, es de presumir que no varió su disposición testamentaria, por que dejando en ésta á su consorte el usufructo total de sus patrimoniales, que, como repetidamente queda dicho, cubre casi la mitad del de todos sus bienes, consideró cumplida la ley y su propósito indicado en el testamento de que los bienes que hubo de su primera mujer pasaran en plena propiedad á los herederos que para los mismos nombra.

Otros compañeros son de opinión:

1.° Que la viuda, por la disposición testamentaria, tiene

Digitized by Google

derecho á todo el usufructo de los bienes patrimoniales de A., porque lo dejó él establecido así en su disposición testamentaria de 1886.

2.° Que tiene también derecho la viuda al usufructo de la mitad de los bienes que A. heredó de su primera esposa, porque los heredó en pleno dominio, eran suyos como los propios ó patrimoniales, forman su capital ó herencia, y el art. 837 del Código da al cónyuge supérstite el derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes de la herencia, cuando no quedan descendientes ni ascendientes, como aquí sucede.

3.° Que no puede mermar este derecho á la mitad del usufructo de los bienes procedentes de su primera consorte el hecho de que de los patrimoniales le asigne el usufructo del total, porque no habiendo herederos forzosos, pudo dejárselos en plena propiedad.

4.° Y finalmente, que habiendo vivido A. desde la fecha en que empezó á regir el Código hasta el 12 de Agosto próximo pasado, obligándole las disposiciones de éste y conociendo lo que tenía dispuesto en el testamento, es también lógico presumir que no lo varió porque quiso que su viuda tuviera por virtud del testamento el usufructo del total de sus bienes patrimoniales y por ministerio de la ley, ó sea, por la innovación introducida por el art. 837 del Código, el usufructo de la mitad de los bienes que heredó de su primera consorte.

CONTESTACIÓN

Para resolver las dudas de la consulta ha de servir de base la regla 12 de las disposiciones transitorias del Código civil. Según ella, la herencia de A., que ha fallecido después de regir el Código con testamento anterior, ha de repartirse con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias.

A. ha dispuesto de sus bienes legando el usufructo de los patrimoniales á su esposa y nombrando á un sobrino heredero

Digitized by Google

de la propiedad de esos mismos bienes, é instituyendo herederos á varias personas de los bienes que adquirió en pleno dominio por herencia de su primera consorte. Como carecía de descendientes y ascendientes, el Código permite que se cumplan todas esas disposiciones, siempre que quede á salvo la cuota forzosa que en usufructo corresponde á la viuda, y que en el caso actual consiste en la mitad de toda la herencia, según el art. 837.

¿Tendrá la viuda derecho al usufructo que le lega el testador y además al que le concede la ley? A esto está reducida la duda de la consulta.

Nuestra opinión es negativa con pleno convencimiento. La ley sólo concede á la viuda, en el caso de que se trata, el derecho á la mitad de la herencia en usufructo: si el marido le lega el usufructo de bienes determinados que importan la mitad de la herencia, queda cumplida la ley y no tiene derecho á más: si no llegan, podrá pedir el complemento en virtud de la ley; y si exceden, será suyo el exceso por voluntad del testador que ha podido disponer libremente de sus bienes. Si se le dieran á la viuda los dos usufructos, se privaría á los herederos de derechos tan legítimos como el de aquélla, fundados también en la ley, porque el testamento es la ley del caso.

Dicen los que opinan en sentido contrario, que el testador, por carecer de herederos forzosos, pudo disponer libremente de sus bienes patrimoniales dejándolos á la mujer en pleno dominio, y por consiguiente también en usufructo, el que le corresponde por voluntad del testador, correspondiéndole además el de la mitad de los otros bienes por disposición de la ley. No; la viuda no tiene derecho á los dos usufructos, porque ni es conforme á la voluntad del testador ni lo permite la ley, que ordena sea aquélla respetada en cuanto no se oponga al Código. Cierto que el testador pudo dejar á su mujer en pleno dominio los bienes patrimoniales que le ha legado en usufructo; pero en tal caso, tendrían que acumularse al resto del caudal para determinar la mitad de la herencia, que es lo único que corres-

Digitized by Google

ponde á la viuda en usufructo, y si con aquellos bienes se cubría esta mitad, en ellos llevaría su cuota legal de usufructo y sin derecho á la mitad del resto de los bienes que pertenecen en pleno dominio á los herederos. Así se armonizan las disposiciones del testamento con las del Código, y sin faltar á lo que éste ordena, se cumple la voluntad del testador.

Aparte de estas razones, el caso está resuelto claramente en el art. 815 del Código. «El heredero forzoso, dice (y heredero forzoso es la viuda por su cuota usufructuaria, según el art. 807), á quien el testador haya dejado *por cualquier título* menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma.» Esto es lo único á que tiene derecho la viuda de A., á pedir el complemento de su cuota en usufructo, si lo que le ha dejado su marido á título de legado es menos de lo que le corresponde; y si fuere más, le corresponderá también el exceso, por ser ésta la voluntad del testador y no lastimarse con ello los derechos de los herederos.

*
* *

Sobre la cuota que corresponde en usufructo al cónyuge viudo sin hijos, cuando el difunto los tiene de otro matrimonio anterior.

P., casado en segundas nupcias con A., falleció en el año actual, dejando solamente de su primer matrimonio dos hijos. *¿Cuál es la porción de bienes que deberá adjudicarse á la viuda en usufructo?*

Según el art. 834 del Código civil, la viuda tiene derecho á una cuota en usufructo igual á la que por legítima corresponde á cada uno de sus hijos legítimos *no mejorados*. Esa cuota deberá sacarse de la tercera parte de bienes destinada á mejora de los hijos (art. 835); y cuando concurran hijos *de dos ó más matrimonios*, se sacará de la tercera parte de libre disposición (art. 839). ¿Es aplicable esta última disposición al abintestato de que se trata, á pesar de no haber hijos *de dos ó más*

Digitized by Google

matrimonios, sino sólo dos del primero? En caso afirmativo, ¿cómo se hará la cuenta particional para computar á la viuda A. su porción usufructuaria?

Parécenos de absoluta necesidad determinar cuál es la cuota correspondiente á los hijos no mejorados, pues igual á ella ha de ser la usufructuaria de la viuda; y de esta suerte, suponiendo que la herencia total de P. ascienda á 135..., deduciríamos las dos terceras partes que según el art. 808 del mismo Código constituyen la legítima de los hijos, ó sean 90..., y para fijar la cuota de la viuda hay que determinar la que corresponde á cada uno de ellos sin mejora, puesto que, muerto P. abintestato, no la ha habido. Deducida pues, de 90... una de las dos terceras partes que el Código destina á mejora, quedan como legítima para cada uno de esos dos hijos *no mejorados* 22,50..., y esta es la porción usufructuaria correspondiente á la viuda, conforme al art. 834, que determina como base la legítima del hijo no mejorado; cuya cuota ha de sacarse, según el 839, de la tercera parte de libre disposición, y según el 835, de la destinada á mejora.

Si se entendiera que no es la legítima *corta*, sino las dos terceras partes de la herencia que forman la de los hijos, la que debe servir de base para la computación, habrían de hacerse tres partes de las dos terceras de la herencia; dos para los dos hijos y otra para la viuda, y sacar la de ésta (art. 839) de la expresada tercera parte de libre disposición; pero en tal caso la cuota de la viuda excedería los límites que le marca el art. 834, pues le corresponderían 30...

Todavía rebasaría más dichos límites, si, cual se pretende, el caudal de las legítimas, las dos terceras partes de la herencia, ó sean en el caso que se consulta, 90..., hubiera de dividirse por iguales partes entre los dos hijos y asignar á la viuda la otra tercera parte de libre disposición, cuota igual á la de cada uno de los dos hijos, ó sean 45..., pues en tal supuesto la viuda percibiría, no ya la porción igual á la que por legítima correspondía á los hijos no mejorados, sino la tercera parte de

Digitized by Google

toda la herencia; y así serían de peor condición y más perjudicados, por los preceptos legales que examinamos, los hijastros que los hijos; aquéllos contribuirían á la sustentación de la madrastra, contraria quizá á sus afectos, con más sacrificio que los hijos á su propia madre; de donde se deduce que el art. 839, al determinar que el usufructo correspondiente al viudo de segundas nupcias, cuando concurren hijos de dos ó más matrimonios, se saque de la tercera parte de libre disposición, aun creyendo que esto se refiera al caso de que no concurran más que hijos del primer matrimonio, no puede alterar la base fija que contiene el art. 834 del Código para conocer la cuota usufructuaria del viudo ó viuda.

CONTESTACIÓN

La institución del usufructo á favor del cónyuge viudo, novedad introducida en el derecho de Castilla como medio de transacción con los forales, á fin de poder llegar á la unidad deseada, además de las altas consideraciones en el orden social y de las familias que la abonan, está dando lugar á dudas, nacidas del apego natural á lo antiguo y de que no es fácil crear derechos nuevos sin lastimar esperanzas legítimas. Por eso no nos extrañan las dudas de la consulta; pero las creemos de fácil solución, ateniéndose á la letra y al espíritu de las disposiciones del Código civil.

Que el cónyuge viudo es heredero forzoso del premuerto, no estando divorciados legalmente, por su cuota usufructuaria, lo establece el art. 807, núm. 3 °, del Código; por consiguiente, sea la herencia testada ó intestada, no puede ser privado de esa cuota, aunque se le haya preterido en el testamento (art. 814).

Que la parte de la herencia que corresponde al viudo ó viuda, como heredero forzoso del premuerto, consiste en una cuota en usufructo, igual á la que por legítima corresponda á cada uno de los hijos ó descendientes legítimos *no mejorados*, lo dice el art. 834; y como la mejora, si la hubiere, ha de haber sido

Digitized by Google

hecha necesariamente por el cónyuge difunto, claro es que se refiere á los hijos de éste, y que el propósito del legislador ha sido que la cuota en usufructo del cónyuge viudo no exceda nunca de la que corresponda á cualquiera de los hijos legítimos del difunto no mejorados, que son los que menos participación tendrán en la herencia.

Pues bien; según el art. 808, constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre ó de la madre, siendo de su libre disposición la tercera parte restante. Por consiguiente, esas dos terceras partes han de considerarse en todo caso como legítima, lo mismo en la herencia testada que en la intestada. En la intestada, aunque también corresponde á los hijos la tercera parte de libre disposición por no haber dispuesto de ella el padre, para determinar la cuota usufructuaria es preciso hacer la liquidación del caudal, á fin de fijar el importe de los dos tercios que constituyen la legítima; éstos se distribuirán por partes iguales entre los hijos, y una cuota igual á la que á cada uno de éstos corresponda se adjudicará al cónyuge viudo en usufructo. Y lo mismo se hará en la herencia testada, á no ser que el testador haya hecho uso de la facultad que le concede dicho artículo para mejorar á algunos de sus hijos hasta el importe de una de las dos terceras partes que constituyen la legítima; en este caso, de los dos tercios se deducirán las mejoras; lo que reste se distribuirá por partes iguales entre todos los hijos, y una cuota igual corresponderá en usufructo á la madre viuda ó al padre.

Apliquemos esta doctrina legal al caso de la consulta. Se dice en ella que P., casado en segundas nupcias, ha fallecido intestado, dejando dos hijos de su primer matrimonio y ninguno del segundo, y se pregunta: ¿Cuál es la porción de bienes que deberá adjudicarse á la viuda en usufructo? ¿Y de qué parte de la herencia deberá sacarse; de la destinada á mejoras, conforme al art. 835, ó de la de libre disposición, conforme al 839? La primera pregunta está contestada en el párrafo ante-

Digitized by Google

rior; la segunda podrá ofrecer alguna duda, y vamos á examinarla.

El art. 835 se refiere al caso en que los hijos sean del matrimonio entre el premuerto y el viudo, y para este caso no ha tenido el legislador inconveniente en gravar la legítima de los hijos á favor de su padre ó de su madre, ordenando que se saque su cuota en usufructo del tercio destinado á mejoras, así como también ordena en el artículo anterior que cuando quede un solo hijo del matrimonio, tenga el viudo el usufructo de todo ese tercio, conservando el hijo la nuda propiedad. No habrá hijo tan desnaturalizado que no soporte con gusto ese gravamen en favor de su madre ó de su padre; y por si lo hubiere, se lo impone la ley.

Pero varía de aspecto la cuestión cuando haya de dividirse la herencia entre hijos de dos ó más matrimonios, porque resultaría gravada la legítima á favor de una persona extraña, cual lo es el padrastro ó la madrastra, y por eso se previene en el art. 389, que «en el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres». Alguna confusión y oscuridad se nota en la redacción de este artículo, en el que sin duda se ha querido decir, que cuando concurran hijos de dos ó más matrimonios, ó solamente los que el cónyuge difunto hubiere tenido de matrimonios anteriores, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo del casado en segundas nupcias se sacará de la tercera parte de su libre disposición. Racionalmente no puede entenderse de otro modo dicho artículo, y aun aplicándolo literalmente, en la denominación de hijos de dos ó más matrimonios están incluídos los que el casado en segundas nupcias haya tenido de su primer matrimonio, cuya condición no puede alterarse porque no los haya habido del segundo matrimonio.

Lo que se quiso establecer en el Código, y es realmente lo que resulta de las disposiciones citadas, fué que cuando solamente concurran hijos legítimos del matrimonio disuelto por

Digitized by Google

la muerte de uno de los cónyuges, la cuota usufructuaria del padre ó madre viudo se saque del tercio destinado á mejoras de esos mismos hijos; y que cuando concurran hijos de otro matrimonio, ya por sí solos, ya con los del segundo, se saque del tercio de libre disposición, á fin de que, como ya se ha indicado, no resulte gravada la legítima de aquellos hijos en favor de su padrastro ó madrastra.

No aceptamos la distribución de la herencia que se propone en la consulta, porque no la creemos conforme á la ley. Esta no habla de legítima *corta*, sino de lo que por legítima corresponda á cada uno de los hijos no mejorados; y si no hay mejoras, como sucede en la herencia intestada, y puede suceder también en la testada, corresponden á los hijos por su legítima los dos tercios del caudal, y una cuota igual á la que á cada uno de ellos corresponda ha de llevar el cónyuge viudo en usufructo, reservando la propiedad para los hijos. Esto es lo que dispone la ley, mucho más favorable para los hijos que el usufructo aragonés.

Cierto que si la cuota usufructuaria de la madrastra se saca del tercio de libre disposición y la de la madre del destinado á mejoras, podrá darse el caso de que aquélla resulte más beneficiada que ésta en igualdad de circunstancias; pero en cambio no se merma la legítima de los hijos, y conservan éstos la nuda propiedad de todo lo adjudicado á la madrastra. Esa razón podrá servir para reformar esas disposiciones cuando se revise el Código, pero mientras tanto no hay más remedio que cumplirlo.

Concluiremos, pues, manifestando que, en nuestra opinión según se deduce de lo expuesto, la herencia líquida á que se refiere la consulta ha de dividirse en tres partes iguales: los dos tercios que constituyen la legítima para los dos hijos por mitad en pleno dominio, y la tercera parte restante para la viuda en usufructo, perteneciendo á aquéllos la nuda propiedad de esta tercera parte.

JOSÉ MARÍA MANRESA.

Digitized by Google

JURISPRUDENCIA SOBRE EL ART. 811 DEL CÓDIGO CIVIL

Tres decisiones se han publicado ya para la debida interpretación del art. 811 del Código civil, y á pesar de referirse á un solo artículo y abarcar varios puntos dudosos, no serán esas las únicas cuestiones que se presenten y resuelvan.

Las referidas decisiones son las Resoluciones de la Dirección general de los Registros de 25 de Junio de 1892 y 5 de Enero de 1893, por cierto contrarias á la calificación que sostenían los Registradores, y la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 1892.

***

La primera Resolución se refiere á la validez de la enajenación de inmuebles comprendidos en la reserva del art. 811. La finca era desde luego reservable, como adquirida por un padre en virtud de herencia de su hija y procedente antes de la madre por el mismo título. Su poseedor la enajenó sin condición ni limitación alguna, y cerciorado el Registrador por los antecedentes del Registro de que dicha finca tenía la cualidad de reservable, estimó que no era válida la venta y denegó la inscripción. Para dicho funcionario reservar equivalía á guardar en poder del reservante la finca, sin poder pasar á nadie más que á los parientes, dentro del tercer grado, que tuviesen derecho á reserva, advirtiendo que ni aun llegó á saber-

Digitized by Google

se si existían tales parientes, ni por tanto si procedía tal reserva.

El Juez delegado declaró improcedente la calificación por una sola razón, bien fundada, de analogía, que las enajenaciones de bienes reservables están en general permitidas por el Código civil, según expresamente establecen los artículos 974 y 975, añadiendo cosas tan peregrinas, y que eran, sin embargo, en su opinión las de más fuerza, como que la herencia cuando es forzosa no es título lucrativo, que la finca no era reservable y que el Registrador sólo debe calificar por lo que resulte del título y del Registro (que es precisamente lo que se había hecho).

Confirmó el auto la Presidencia por esta última razón, y por el legítimo motivo de no constar que el vendedor (querría decir su causante, su hija) tuviese parientes del grado y línea de que habla el art. 811 del Código civil, no creyendo aplicables al caso los artículos 974 y 975.

La Dirección general resuelve la cuestión emitiendo una cuarta opinión, que es sin duda la verdadera, no por proceder de este alto Cuerpo, sino por ser la más legal y razonable. Se funda en los artículos 811, 974 y 975 del Código civil, y en el 109 de la ley Hipotecaria, y coincide en todo con lo expuesto por el que suscribe en otro trabajo sobre bienes reservables. Según dicha Resolución, la enajenación es válida, porque aunque no es posible negar á la finca la cualidad de reservable, no consta que existan personas con derecho á la reserva, porque los artículos 974 y 975 son aplicables por analogía, ya que se refieren á bienes reservables, y no han de ser más privilegiados los parientes dentro del tercer grado en la reserva del art. 811, que los hijos en la reserva del art. 975, y principalmente porque la reserva implica una condición resolutoria, pero nada más, y los bienes sujetos á esas condiciones pueden válidamente enajenarse, con arreglo al art. 109 de la ley Hipotecaria, quedando la enajenación pendiente del cumplimiento de la condición. Son dignos de leerse los fundados consideran-

Digitized by Google

dos de esta resolución, que ha sido la primera en aclarar en la cuestión ventilada uno de los efectos de la reserva troncal creada por el art. 811.

Y es, por último, digno de tenerse en cuenta que en la interpretación de esa cuestión se emitieron cuatro opiniones distintas, porque si bien el Juez y la Audiencia resuelven como la Dirección, se fundan en otras consideraciones más ó menos aceptables, pero diferentes entre sí, y no acertaron á reunir todos los fundamentos legales que podían desvanecer la duda. Así el Registrador creía que siendo los bienes reservables ne podían enajenarse *libremente;* pero que, aun enajenándose como reservables, no era válida la enajenación. El Juez delegado sostuvo lo contrario, que los bienes no eran reservables, porque la herencia forzosa no constituye un título lucrativo; pero que aun siéndolo podían ser enajenados con arreglo á los artículos 974 y 975 del Código civil. La Presidencia estimó que estos artículos eran impertinentes por referirse á un caso distinto, pero que no resultando del título ni del Registro que hubiese parientes con derecho á reserva, no había base para oponerse á la enajenación. Por último, la Dirección resolvió que la finca era reservable, que su transmisión llevaba implícita una condición resolutoria, y que con tal carácter podía enajenarse válidamente, con arreglo al art. 109 de la ley Hipotecaria, y á los 974 y 975 del Código civil.

***

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 1892 resuelve otras cuestiones de importancia relacionados con el mismo artículo: Primero. Que el punto de partida para computar el tercer grado de parentesco que da derecho á la reserva del art. 811, es el descendiente de cuya sucesión se trata. Y segundo. Que para saber si existen personas con derecho á esa reserva, ha de atenderse á la fecha del fallecimiento del descendiente, debiendo en esa época haber parientes consanguíneos

Digitized by Google

dentro del tercer grado, y no admitiéndose, por tanto, el derecho de representación.

Los fundamentos de esta sentencia se consignan en los considerandos primero y segundo, que son los siguientes:

Considerando que la Sala sentenciadora no ha cometido la infracción del art. 811 del Código civil, que se invoca en el primer motivo del recurso, porque al disponer aquél que el ascendiente que heredara de sus descendientes bienes que éstos hubiesen adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, se halla obligado á reservar los que hubiera adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes procedan, no se ha referido, con respecto al grado de parentesco que menciona, sino al que mediare entre la persona á cuyo favor debe hacerse la reserva y el descendiente de quien proceden inmediatamente los bienes, toda vez que del fallecimiento de éste se derivan y arrancan precisamente el derecho y la obligación de reservar que el propio artículo establece:

Considerando que si, por lo expuesto, es improcedente el primer motivo de este recurso, no lo son menos el segundo y tercero, porque constituyendo la reserva de bienes un derecho ó beneficio personalísimo, sólo pueden ejercitarlo ó reclamarlo aquellas personas á cuyo favor lo ha establecido la ley taxativamente; por lo que no cabe en esta materia de interpretación restrictiva, la representación establecida para otro orden de derechos en los artículos 924 y 925 del Código civil, etc.

***

La Resolución de 5 de Enero último se refiere al siguiente caso:

En 14 de Diciembre de 1891 se practicó partición de bienes, por muerte de Ramona Rosenda García, entre su padre Francisco García y su marido José María Tarín, y entre las fincas adjudicadas libremente al padre había algunas que la Ramona

Digitized by Google

Rosenda había heredado de su madre; y constando en el Registro esta circunstancia, y en la escritura que quedaban hermanos de la causante, denegó el Registrador la inscripción por estimar que el padre debía haber hecho constar la reserva con arreglo al art. 811, ó justificar que no existían parientes con derecho á ella. Impugnada esta calificación por el padre, y confirmada por el Juez delegado y por el Presidente de la Audiencia, la Dirección general, fundándose en el art. 811 del Código civil y en su Resolución de 25 de Junio de 1892, ya examinada, dejó sin efecto la providencia apelada y la nota del Registrador.

Considero acertada esta Resolución, pero no tanto los fundamentos en que se apoya. Se afirma, en resumen, que la reserva impuesta en el art. 811 tiene el carácter de legal; que siendo esto así, aunque no se haga constar en el Registro, subsiste siempre, como acontece con la preferencia que los artículos 218 y 219 de la ley Hipotecaria conceden al Estado y al asegurador, y que para el tercero es bastante para que no sea inducido á error ni perjudicado, el que conste en el Registro con la debida claridad la procedencia de los bienes.

Yo creo que la Dirección general debió limitarse á decir que, cualquiera que fuese la naturaleza de la reserva creada en el art. 811, y aun cuando quisieran hacerse extensivos á ella por analogía ó por referirse á reservas los arts. 194 y siguientes de la ley Hipotecaria, el Registrador carecía de facultades prra exigir al ascendiente la constitución de la reserva ni la formación de expediente. Porque, en el fondo, ésta y no otra fué la cuestión, que el Registrador pedía lo que no estaba en sus facultades pedir; y el recurrente decía por esto, con razón, que dicho Regist rador debía sólo examinar si el título reunía ó no todas las c ircunstancias intrínsecas y extrínsecas necesarias para su validez, y no erigirse en tutor de las acciones y derechos de terceros que tienen (deben tener) medios sobrados para ejercitar éstos é intentar aquéllas si vieren convenirles. Hecha constar la procedencia de los bienes, lo demás no era

Digitized by Google

de cuenta del citado funcionario, aunque no hay que olvidar que la adjudicación se hizo puramente, siendo notoria la reserva.

El decir que se trata de una reserva legal, como afirman los considerandos primero y tercero, no es decir nada. Reserva legal es también la establecida á favor de los hijos del primer matrimonio en los arts. 968 y siguientes del Código civil, y se hace constar en el Registro. Lo raro y anómalo sería que fuese voluntaria; porque entonces, hasta que libremente la estableciesen las partes, no podría el Registrador exigir su constitución, y si de algo debe cuidar el Registrador, es de que se cumpla la ley. Los arts. 218 y 219 de la ley Hipotecaria establecen preferencia legal á favor de los aseguradores y del Estado, y tal preferencia subsiste aunque nada conste en el Registro; es verdad, pero no pasa lo mismo en la hipoteca por razón de peculio ó de tutela, ó de bienes reservables, y también son hipotecas legales; ¿por qué? Porque nada tiene que ver una cosa con otra; porque á favor del Estado y á favor de los aseguradores, subsiste disfrazada en esos artículos, con más ó menos justicia, la antigua hipoteca general y privilegiada; y no subsiste en cambio á favor de los hijos, menores ni pupilos, que tienen que exigir una hipoteca especial y determinada, porque las condiciones de unas y otras hipotecas son distintas, y buena prueba de ello son los arts. 217 y 221 de la citada ley, según los cuales, en ciertos casos, los Directores generales, Gobernadores y Alcaldes por una parte, y los aseguradores por otra, pueden exigir hipoteca legal, y entonces ha de inscribirse; porque si no, no surte efectos. El que la reserva sea legal no quiere decir que no haya necesidad de medios para hacerla efectiva, ni menos aún que no haya de hacerse constar nunca en el Registro, por considerarse innecesario este requisito.

El considerando segundo rechaza el art. 194 de la ley Hipotecaria que había alegado el Registrador, juzgándole impertinente por referirse á un caso completamente distinto. Esto es muy cierto, porque ese artículo se refiere á la reserva esta-

Digitized by Google

blecida en favor de los hijos, y no pudo nunca ocuparse de la reserva del art. 811, que aun no existía. Pero ¿con qué autoridad dice eso la Dirección general? La Resolución de 25 de Junio de 1892, ¿no se funda en los artículos 674 y 675 del Código civil para declarar válidas las enajenaciones de inmuebles, reservables según el art. 811? Pues se refieren, sin embargo, á un caso completamente distinto, á una reserva diferente, y como pudieron y debieron aplicarse por analogía, por analogía también podía invocarse otro artículo, que, como el 194, al fin trata de bienes reservables, y establece reglas para asegurar el cumplimiento de las reservas. En sentido inverso: la misma resolución de que me estoy ocupando ¿no trata de apoyarse indirectamente en los artículos 218 y 219 de la misma ley Hipotecaria, á pesar de referirse á casos mucho más desemejantes? No podía servir el art. 194 de fundamento al Registrador; pero no era tan absurda su cita por analogía.

El cuarto y último considerando afirma que los terceros no pueden ser inducidos á error, ni perjudicados, constando en el Registro la procedencia de los bienes. Ya he dicho que esto y nada más que esto es lo que debió hacer el Registrador, porque no era él llamado á exigir otra cosa. Pero entiendo que lo que puede inducir á error es la doctrina que sienta la Dirección en este considerando y en el tercero, y que si esa es su opinión, debe exponerla más bién á los legisladores que al Registrador, Los artículos 977 y 978 del Código civil exigen que el viudo ó viuda hagan constar en el Registro por medio de nota la calidad de reservables de los inmuebles, y que aseguren con hipoteca los bienes á que se refieren. Y sin embargo, la reserva es legal. El Código, por consiguiente, no considera bastante que conste en el Registro la procedencia de los bienes, con cuyo conocimiento, y el del estado y circunstancias del enajenante, tampoco debían ser inducidos á error ni perjudicados los terceros adquirentes de bienes reservables, con arreglo á los artículos 968 y 969. Esto, á mi modo de ver, es seguir un criterio más ó menos acertado, pero distinto al de la ley. Todos

Digitized by Google

deben saber las leyes; pero es lo cierto que no todos las saben, y que en la realidad, no constando claramente la reserva en el Registro, el que quiere adquirir una finca, aunque sepa su procedencia y se entere de su historia, rara vez preve que por una reserva nueva y desconocida le puede ser arrebatada, y puede ser inducido á error, y puede ser perjudicado, aunque otra cosa afirme la Dirección. Y todo esto lo que prueba es que en el Registro lo mismo deben constar las limitaciones establecidas por la ley, que las emanadas de la voluntad de las partes, porque así se consigue mejor el objeto de la ley Hipotecaria, y porque la ley ha demostrado que ese es su criterio en los artículos 977 y 978 del Código, y en todos los que se ocupan de hipotecas legales en la ley Hipotecaria, sin más excepción que la de los artículos 218 y 219, que obedecen á circunstancias muy diferentes. El que consten en el Registro las limitaciones legales no quiere decir que la ley no obligue á todos aun sin dicho requisito; lo que hay que hacer es combinar las leyes, y aplicar las unas sin menoscabo de las otras para evitar colisiones que puedan impedir ó dificultar que algunas se cumplan. Precisamente, para que sea una verdad el que las leyes á todos obligan, son precisos ó necesarios medios para asegurar su cumplimiento.

No me mueve un vano deseo de discutir teorías ó doctrinas quizás más verdaderas que las que yo sostengo, porque hay que reconocer la superior ilustración y competencia de los que resuelven en último grado los recursos gubernativos entablados contra la calificación de los Registradores, y al fin y al cabo la revocación de la nota del Registrador en este caso era procedente. Pero entiendo que la Dirección, *sin necsidad alguna*, prejuzga en esta Resolución cuestiones que pueden presentarse el día de mañana, y sienta una doctrina á mi modo de ver errónea, que puede servir más tarde de funesto precedente. El art. 811 del Código civil deja sin resolver muchas cuestiones; pero si ha de regir, es preciso irle completando y allegar medios para asegurar su cumplimiento, y con unas cuantas reso-

Digitized by Google

luciones como la de 5 de Enero último, lo que se conseguirá es que acabe por considerarse como letra muerta. Hágase como quiere la Dirección general, déjese que los bienes comprendidos en esa reserva se adjudiquen como libres, que se enajenen de igual manera, sean muebles ó inmuebles, y veremos cómo, constando y todo respecto á los inmuebles en el Registro la procedencia de los bienes, se produce un semillero de pleitos y de trastornos, y se acaba al fin con la reserva, con lo que en verdad no se perdería gran cosa. Los parientes dentro del tercer grado y de la línea del descendiente de cuya sucesión se trate, pedirán la resolución de esas enajenaciones; ¿lo conseguirán sólo por constar en el Registro la procedencia de los bienes? ¿Se considerará por esto que la causa de la rescisión ó resolución consta clara y explícitamente en el Registro? ¿Dónde consta si existen parientes con derecho á reserva? Y no constando esto, ¿cómo sostener que aparece clara en el Registro la reserva, ni por tanto la causa de la rescisión? Los terceros son tan dignos de respeto, por lo menos, como los parientes, y ellos adquirirán los bienes puramente y como libres, y no hallarán en el Registro una declaración explícita, clara y terminante de que aquellos bienes sean reservables, ni es justo imponerles la obligación de conocer é interpretar perfectamente el intrincado art. 811, y de indagar si hay bienes que deban reservarse y parientes con derecho á reserva. Si se trata de bienes muebles y seguimos la misma doctrina de que por ser la reserva legal basta y sobra que la establezca la ley, los daños para los parientes serán mayores por la dificultad de justificar lo enajenado y su valor, y por la carencia absoluta de toda garantía. Lo repito, la reserva del art. 811 llegaría á ser imaginaria. Por esto lo lógico es seguir el sistema contrario, y ya que hay dos caminos, escoger el que ha emprendido el legislador en todos los casos análogos: facilitar la ley, dar medios para asegurar su cumplimiento. Creo que sería justo dictar ó aplicar, entretanto, disposiciones análogas á las que rigen para las reservas motivadas por un segundo matrimonio y es-

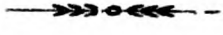
Digitized by Google

tablecidas á favor de los hijos del primero, ó al menos, aunque esto es incompleto, imponer á los Notarios y Registradores la obligación de hacer constar clara y explícitamente en los documentos públicos y en el Registro, no sólo la procedencia de los bienes, sino también por ella la posible naturaleza reservable de esos mismos bienes. Permitir que lo que es reservable se enajene pura y libremente, nunca.

La reserva del art. 811 no debe quedar de ningún modo al arbitrio del reservante; exige respecto á los bienes inmuebles una nota indicadora de su cualidad, y respecto á los muebles, y por los deterioros que se causen, una hipoteca legal exigible é inscribible, si voluntariamente no se presta. Esta es, al menos, mi opinión, que podrá ser equivocada; y pudiendo servir para sostener la contraria, la innecesaria doctrina expuesta en la Resolución de 5 de Enero último, he creído de mi deber combatirla y llamar sobre la misma la atención de los que en lo sucesivo tengan que aplicarla y de los que con más competencia que yo quieran de ella ocuparse (1).

JOSE MORELL.

16 de Julio de 1893.



(1) La lêy Hipotecaria para las provincias de Ultramar, publicada recientemente, no ha considerado tampoco suficiente para asegurar el cumplimiento del art. 811, que conste en el Registro la procedencia de los bienes, ni ha autorizado el que pueda creerse que existe una nueva hipoteca tácita sobre los bienes del ascendiente obligado á reservar; y en sus artículos 168, núm. 2.°, y 199, establece hipoteca legal en favor de los parientes dentro del tercer grado, y aplica á esta hipoteca las reglas referentes á la que ya existia en favor de los hijos del primer matrimonio.

Digitized by Google

DERECHO PROCESAL

¿Puede ejercer la abogacía el Letrado contra quien se haya dictado auto de procesamiento?

El Ilustre Colegio de Abogados de la Coruña ha elevado al Sr. Ministro de Gracia y Justicia dos exposiciones: una, contra la prohibición de ejercer la abogacía impuesta en algunos Tribunales á los Abogados procesados, y otra, sobre que no se está por el Gobierno en el caso de acordar la suspensión de la ley del Jurado en aquella provincia. La materia de esta última solicitud la creemos, por ahora, ajena á los fines de la REVISTA, que entiende no ser lícita la crítica profesional mientras las resoluciones legislativas no han sido debidamente promulgadas; pues entonces, y sólo entonces, cabría discurrir acerca de la interpretación que el Poder ejecutivo diera en ese caso concreto á la primera disposición transitoria de la vigente ley del Jurado, á virtud de facultades que le están atribuídas como actos de potestad discrecional.

No acontece lo propio con el recurso del Ilustre Colegio, encaminado á que un asunto de transcendental interés para los Letrados en ejercicio, sea resuelto de manera que aleje las posibles dudas surgidas, como se ve, de la diferente interpretación dada por los Tribunales al art. 873 de la ley Orgánica, lo cual pudiera ceder en menoscabo de los prestigios y consideración altísima de una institución tan importante como la de los Abogados, que son, ante todo y sobre todo, valiosos cooperadores de la administración de la justicia.

Digitized by Google

Y aun revistiendo la tesis sustentada por el Colegio de la Coruña innegable y general importancia, nos abstendríamos también de discutirla, si su digna Junta de gobierno, velando, como todos los que visten la honrosa toga, por el respeto á los Tribunales, árbitros de aplicar el Derecho conforme á los dictados de su conciencia, no consignase en sus recursos: *que ella ni tiene, ni acepta solidaridad de ningún género con actos individuales ó colectivos que revistan carácter de resistencia á la ley, ó á las determinaciones de los altos poderes del Estado.*

Hacemos nuestro este discretísimo concepto, que excusa, por parte de la REVISTA, toda protesta en el asunto.

***

Estudiemos ahora la cuestión doctrinal. Dictado contra un Letrado auto de procesamiento, ¿queda por ello consiguientemente suspenso en el ejercicio de la abogacía? Examinada tan importante cuestión en el antiguo Derecho, fuente abundantísima en la materia, no habrá de encontrarse una sola ley que prohiba ejercer su honroso oficio, no ya al Abogado sujeto á procedimiento criminal, pero ni aun á aquel contra quien, durante el curso de la causa, recayera auto de prisión preventiva. Y fuera, á la verdad, injusto pensar que tal silencio obedecía al olvido de multitud de requisitos legales y de orden moral necesarios en todos tiempos al noble sacerdocio de la abogacía; olvido que, por el contrario, aparece cuidadosamente evitado en nuestras leyes tradicionales, entre las cuales pueden citarse como modelo de minuciosidad las leyes 3.ª, 4.ª y 5.ª, tít. 9.º, del Estilo (1). Con no menor detención hablan

(1) Después de decir esas leyes que el Abogado habrá de ser mayor de 20 años, *metido en mientes*, tomar sólo los pleitos derechos, ser mesurado, verdadero y leal, añaden: *que el vocero no sea puntero nin escatimoso, nin demande nunca plazos por razón de alongar aquel pleito á sabiendas, etc.* (leyes citadas).

Digitized by Google

del asunto las leyes 2.ª á la 20, tít. 6.º, Partida 3.ª, y más tarde, en el desenvolvimiento de nuestra historia jurídica, pueden consultarse las leyes todas del título 5.º, libro 26 de la Novísima Recopilación.

Multitud de disposiciones encaminadas á mantener los prestigios de los Abogados, á garantir su decorosa independencia para con los Tribunales de justicia, y á proclamar el saludable principio de la conveniente libertad en la profesión, precedieron á la ansiada promulgación de la vigente ley Orgánica de Tribunales; obra feliz de un Ministro ilustre, y para quien, sin duda alguna, los triunfos del Foro habrán de lisonjearle sobre todas las glorias de otro orden alcanzadas con no menos sobrada justicia.

Y ante tales precedentes, ante la sabia doctrina de la Real orden de 7 de Abril de 1866 (1), hoy regla general para los detenidos ó presos, sea cual fuere su ocupación ó modo de vivir (art. 522 de la ley de Enjuiciamiento criminal), la ley orgánica del Poder judicial, inspirada en los principios que informan el derecho procesal de nuestros tiempos, no podía significar un paso atrás en el asunto. Y en efecto, fuera injusto sostener tan peregrina y aventurada afirmación.

Porque si esa ley Orgánica—respondiendo al humanitario principio de que al procesado, por el sólo hecho de hallarse en

(1) He aquí lo resuelto en la Real orden citada en el texto: «Habiendo recurrido la Junta del Colegio de Abogados de Barcelona al Ministerio de Gracia y Justicia contra lo resuelto por aquella Audiencia al negarse á proveer escritos de un Abogado preso preventivamente en causa por desacato, se dictó resolución definitiva, en la cual: Considerando que ninguna disposición legal establece que la prisión preventiva, cuyo objeto es el de asegurar el fallo de la justicia, sea incompatible con el ejercicio de la abogacía; considerando que el preso no puede ser privado de su libertad antes de que recaiga sentencia ejecutoria de los derechos que no sean incompatibles con su falta de libertad: oído el parecer del Tribunal Supremo de justicia, y de conformidad con el Consejo de Estado en pleno, se resuelve que el Abogado preso ó detenido puede ejercer la profesión de la manera que sea compatible con la prisión.»—(N. del A.)

Digitized by Google

tan desventajosa situación, ni se le debe privar de su libertad sino cuando absolutamente fuere indispensable para que no se eluda el mandato de la ley, ni imponerle vejaciones innecesarias en su persona ó en sus intereses—ordena (art. 227) que aun estando procesados los Jueces y Magistrados por delitos ajenos á sus cargos, no se les suspenda en sus funciones, á menos de haber recaído auto de prisión ó calificado y pedido pena el Fiscal, ¿cómo explicar que, tratándose de Abogados, baste el procesamiento por cualquier delito «para privarles de ganarse el cuotidiano sustento, suspendiéndoles *ipso facto* en el ejercicio de la abogacía? ¿Cómo el Juez justiciable administrando justicia, y el Letrado procesado inhabilitado de demandarla á nombre de sus patrocinados? ¿Cómo, en fin, se comprende tal inconsecuencia en una ley orgánica de Tribunales? Pocas veces tendrá mejor aplicación el trillado aforismo de *que la letra mata y el espíritu vivifica;* pues, en efecto, la letra del art. 873 de la ley Orgánica, frente á la letra del ya citado 227, abruman con la aridez de sus textos, sólo aplicables por lo ordenado en los artículos 110, 863 y 872. Del estudio armónico y comparativo de unos y otros textos legales podría deducirse: 1.°, que así como el art. 110 exige para entrar en el templo augusto de la justicia no hallarse á la sazón sujeto á procedimiento, así por el 873 se requiere al ingresar el Letrado en los Colegios de Abogados no tener pendiente proceso alguno criminal; 2.°, que no estando sometidos á la ley Orgánica los Letrados en otro concepto que en el de alcanzarles, conforme al art. 872, la jurisdicción disciplinaria, carecía la citada ley de atribuciones por razón de la materia para especificar los casos de su suspensión mediante causa de delito, y reserva esa materia en el artículo 863 á las Juntas de gobierno, con arreglo á los estatutos de cada Colegio; 3.°, que puesto que el ejercicio de la abogacía no es un cargo público, sino una profesión nobilísima é independiente, las leyes procesales no autorizan jamás la suspensión, la cual sólo como pena puede en sentencia firme ser impuesta, y nunca como medida de prevención procesal; 4.°,

Digitized by Google

que mientras al funcionario público absuelto libremente se le reintegran por el Estado los sueldos y emolumentos de que la suspensión preventiva le privara, no habría manera de restituir al Letrado los honorarios y el crédito perdidos por la suspensión de la profesión ú oficio, lo cual convertiría tal medida procesal en una verdadera pena, contra lo dispuesto en el artículo 25 del Código, que por eso mismo no la menciona.

Y no decimos más, porque en la región abstracta de los principios, y como cuestión puramente doctrinal en materia de procedimiento, creemos demostrada nuestra tesis de que ni el auto de procesamiento ni el de prisión contra un Letrado llevan en sí la suspensión del ejercicio de la abogacía, no obstante la letra del art. 873 de la ley Orgánica, diversamente interpretada en esos extremos por la práctica de los Tribunales de justicia.

PRIMITIVO GONZÁLEZ DEL ALBA,
Magistrado de la Audiencia de Granada.

Digitized by Google

LOS JUZGADOS MUNICIPALES Y EL NOTARIADO

Como no se oye más que hablar de reformas judiciales y administrativas, es difícil sustraerse á tratar de unas y otras, y de aquí se explica que aun los menos doctos en tan delicadas materias demos á conocer nuestra poco autorizada opinión sobre ellas.

Dejaremos para otras plumas más competentes que la nuestra escribir acerca de la justicia suprema, de la de distrito y de la de partido judicial, y nos reduciremos á una esfera más pequeña en la cuantía, pero mayor en el número, porque es cosa por demás sabida que son muchos más asuntos civiles y criminales los que se ventilan en España por los Jueces de grado ínfimo que los que tramitan y resuelven los demás Jueces y Tribunales.

Sabemos que la justicia municipal está desatendida del legislador, porque se dice que tiene aquélla como esfera de acción juicios de poca entidad en la esfera civil y crímenes menudos en la penal; pero éste es un error, del cual se van curando ya muchas personas, y como todavía está arraigado en bastantes espíritus, importa muy mucho el deshacerlo. Decimos que se juzga mal esta cuestión, porque es falso que los negocios civiles que se ventilan en los Juzgados municipales sean de poca entidad, pues sabido es que estos Juzgados son los únicos competentes por la ley de Enjuiciamiento civil para conocer de los juicios de conciliación, y si bien en muchas ocasiones no hay avenencia, en otras sí existe, en cuyo caso se ex-

Digitized by Google

tiende un contrato que, según la citada ley, tiene en las avenencias de cuantía mayor de 250 pesetas toda la fuerza de lo convenido en un documento público y solemne. Siendo el Juez municipal y su Secretario los que redactan las actas de los juicios de conciliación, está en lo posible, y se ha dado el caso muchas veces, de que den forma á contratos cuya cuantía importa varios millones de pesetas, y en vista de que en tales actos ambos funcionarios ejercen verdaderas funciones notariales, se nos ocurre preguntar: ¿qué competencia técnica tienen éstos para redactar contratos? Exceptuándose un número corto de Juzgados municipales servidos por funcionarios competentísimos, puede afirmarse rotundamente que carecen de esa competencia técnica, pues el que esto escribe conoce Jueces municipales que son labradores, marineros, barberos, etc., y que ignoran hasta los más rudimentarios principios de gramática, cuanto ni más la ciencia del derecho, de la cual no tienen la menor noción. Y no se diga que los Secretarios suplen esas faltas, porque la mayoría sólo son unos simples escribientes, que no saben salir de los formularios trazados por los Sres. Manresa, Reus, Abella, etc., y si algunos hay ilustrados, no es raro el caso de que se aprovechen de la mayor cultura que tienen sobre el Juez municipal para que éste sirva de editor responsable de resoluciones judiciales tomadas exclusivamente por los Secretarios contra toda razón y derecho. Además, en los juicios civiles se ventilan muchas veces cuestiones de servidumbres, interpretación de testamentos y contratos, cuya cuantía no excede de 250 pesetas, pero que son más embrolladas con frecuencia que las que son objeto de los juicios ordinarios de mayor cuantía, y como los encargados de fallar tales juicios *por regla general* carecen de conocimientos jurídicos, resulta en la práctica que los juicios se fallan contra los preceptos sustantivos de las leyes y hasta se tramitan hollándose los preceptos adjetivos. Tan cierto es esto, que hemos visto que más de un 60 por 100 de los juicios apelados se anulan por los Jueces de primera instancia, y sabemos que hace

Digitized by Google

poco tiempo un Juez municipal se declaró competente para conocer de un expediente de deslinde y amojonamiento; que otro ha fallado varias demandas á favor de un acreedor que no tenía más prueba de su crédito que su dicho, puesto que el deudor negaba la certeza de la deuda, y que un expediente de información posesoria se incoó por una mujer casada sin intervención del marido, que vivía con su mujer bajo el mismo techo, y que se admitieron los escritos que ella presentó, se la hicieron notificaciones, y lo que es más grave, se le aprobó la información que promovió.

Esto en cuanto á los juicios civiles, que por lo que afecta á los criminales, se observan los mismos defectos en la aplicación del Código penal que en la de la ley de Enjuiciamiento criminal. Nosotros sabemos de un Juez que providenció que el reo de una falta, á quien había condenado á arresto menor, tuviera el pueblo por cárcel, y sabemos de varios que condenan á los denunciados sin darles vista de la acusación fiscal, lo cual equivale á negarles el derecho de defensa. Indudablemente, muchas de esas observaciones se deben sólo á la ignorancia de tan indoctos Jueces, pues todos sabemos que, dado el actual sistema de nombrar Jueces municipales, es requisito indispensable que el nombrado esté domiciliado en la localidad donde ha de ejercer sus funciones; como en la mayoría de los pueblos españoles no hay Letrados ni están dispuestos á domiciliarse los forasteros que ostenten este título, porque los rendimientos del Juzgado municipal, aun sumados á los del bufete de Abogado, que pueden ejercer, no son suficientes en la generalidad de los pueblos para subsistir, y por otra parte, los Notarios, Párrocos, Médicos titulares y Maestros de escuelas públicas son incompatibles para desempeñar el Juzgado municipal, resultará lo que antes hemos indicado, esto es, que las nueve décimas partes de los Jueces municipales son indoctos en la ciencia del derecho y hasta en los demás ramos del saber.

Únase á lo dicho que la ley orgánica del Poder judicial y

Digitized by Google

las disposiciones posteriores no hacen obligatorio el nombramiento de Letrados ni aun en las mismas poblaciones en que éstos se hallen avecindados, puesto que al darles preferencia dice que la tendrán siempre y cuando *no medien motivos que aconsejen lo contrario* (1). Sensible es que tales motivos no estén tasados por Reglamentos ú otras aclaraciones del Poder ejecutivo, porque tal indeterminación viene dando lugar cada bienio, y con todas las situaciones políticas, á exclusiones fundadas en que los Letrados son indolentes ó desafectos á las instituciones vigentes, siendo así que hay muchas personas negligentes para sus negocios propios, porque nadie les ha de exigir responsabilidad, y son diligentes para los ajenos, para evitarse ésta; y por otra parte, mal se comprende que sea desafecta á las instituciones vigentes una persona á quien todavía no se le ha exigido el juramento de fidelidad á éstas que se requiere para posesionarse del Juzgado municipal; así es que lo procedente en este caso es que se dejara sin efecto el nombramiento si al llegar tal momento se negaba á prestar dicho juramento.

Demostrado ya que la mayoría de los Juzgados municipales están desempeñados por personas, no sólo desconocedoras del derecho, sino de las demás ciencias, nos consolaríamos si los administradores de la justicia municipal fueran individuos imparciales, exentos de toda pasión y con verdadero deseo de hacer justicia; por lo que si bien sus sentencias no estarían en muchos casos inspiradas en el derecho positivo, lo estarían en el derecho natural, ó por lo menos, en el sentido común. ¿Pero tenemos la fortuna de que tal cosa ocurra? Contestaremos por nuestros lectores que en muchos casos así sucede, pero en muchos otros no, porque los Jueces municipales, por regla general, son personas significadas en la política y en las malas pasiones de las pequeñas localidades, y hasta suele darse la coincidencia de que están casi siempre afiliados al par-

(1) Art. 122 de la ley orgánica del Poder judicial.

Digitized by Google

tido que tiene las riendas del Gobierno al hacerse los nombramientos. Podrá creerse que esta afirmación implica una censura indirecta á los dignísimos Jueces de partido que forman las ternas y á los no menos dignos Presidentes de las Audiencias territoriales que hacen los nombramientos; pero lo negamos en redondo, porque no es culpa de tales funcionarios el que el sistema actual dé lugar á tales defectos, y que en las localidades pequeñas, fuera del Párroco, el Notario, el Médico titular y el Maestro de escuela pública, que suelen ser forasteros, independientes é ilustrados, pero que, como hemos dicho, no pueden ser Jueces municipales, los demás vecinos que quedan, como hijos de la localidad, tienen sus amistades y sus odios, dependencia para con el más rico é influyente, y están, como hemos indicado, significados en política, porque en los pequeños pueblos no se da el caso, frecuente en los grandes centros de población, de que haya una masa neutra que, después de haber ejercido el importante derecho de sufragio, ya no vuelva á ocuparse de política hasta otra elección, y hay muchos que jamás ejercen tal derecho, al contrario que ocurre en los pueblos pequeños, donde son conducidos á votar hasta los paralíticos y calenturientos.

De lo dicho se desprende que el proceso de la justicia municipal está terminado; que no necesitábamos llamar nosotros la atención para que en la conciencia de todas las personas ilustradas esté el que el procedimiento actual para la provisión de los Juzgados municipales no responde á lo que la justicia, la equidad y la civilización moderna exigen, ni á los buenos propósitos que tuvo sin duda el legislador al fijar reglas para nombrar á los funcionarios encargados de administrar aquélla, porque en la práctica han resultado deficientes y estériles. De aquí el que en cada renovación bienal se oigan en el Parlamento centenares de quejas, que si bien muchas de ellas sólo tienen por fundamento la pasión política, en cambio otras están inspiradas en el deseo de que la justicia pequeña no siga en el desprestigio de que está rodeada en muchos puntos.

Digitized by Google

Comprendiendo la necesidad de la reforma el Sr. Romero Girón, dictó siendo Ministro de Gracia y Justicia un Real decreto, que lleva la fecha de 2 de Junio de 1883, fijando condiciones especiales á los Jueces municipales de las capitales de provincia y de las demás poblaciones en que exista más de un Juzgado; pero como tales poblaciones constituyen en España un número reducido, quedaron sujetos al sistema de la ley Orgánica, en toda su integridad, la inmensa mayoría de los Juzgados municipales.

Dejando á un lado los proyectos del Sr. Fernández Villaverde para reformar la justicia municipal y otros preceptos de la ley orgánica del Poder judicial, porque ya nadie habla de ellos, dado que no pasaron de la categoría de tales, vamos á ocuparnos de lo que en la actualidad acaba de disponerse y de lo que proyectaba el eminente jurisconsulto que tuvo á su cargo el Ministerio de Gracia y Justicia hasta hace poco tiempo.

En primer lugar, el Sr. Montero Ríos ha dictado una Real orden circular, con fecha 23 de Abril del corriente año, en la que, después de lamentarse del estado de la justicia municipal, y deseando que los encargados de administrarla tengan mayor prestigio que el que tenían, reconoce en los funcionarios excedentes, cesantes y jubilados de las carreras judicial y fiscal, en los abogados que no ejerzan, y por último, en los que tengan bufete abierto, preferencia sobre las demás personas para desempeñar los Juzgados y Fiscalías municipales, y además contiene la feliz innovación de no exigir que tales personas estén domiciliadas en las localidades respectivas con anterioridad á su nombramiento, limitándose sólo á exigir á los procedentes del Cuerpo judicial que se domicilien antes de la toma de posesión en los pueblos cuyos Juzgados van á desempeñar. Merced á dicha Real orden se ha producido el grandioso resultado de ver que en la última renovación bienal se hayan provisto en Licenciados y Doctores en Derecho mayor número de Juzgados y Fiscalías municipales que se ha visto nunca en

Digitized by Google

nuestro país, y lo que es más, que estos cargos sean desempeñados en bastantes poblaciones por personas ajenas á las pasiones, banderías é intereses de las localidades.

Hecho un elogio sincero y desinteresado del progreso que en nuestras costumbres implica dicha Real orden, diremos que, como toda obra humana, está revestida de lunares. Quizá nuestros lectores encuentren otros elogios y otras censuras que á nosotros no se nos hayan ocurrido; pero pasando á las últimas, sólo se nos ocurren las siguientes:

Primeramente el número 2.º de dicha circular no tasa los casos en que debe alterarse la preferencia que el número anterior concede á los funcionarios procedentes de las carreras judicial y fiscal sobre los demás Abogados y á éstos sobre los imperitos en el Derecho, por lo que sigue estando en lo posible que se nombre á uno de los últimos sobre todos los que deben ser preferidos, bajo el pretexto de que éstos son desafectos á las instituciones, negligentes, etc.

Además, hubiera sido conveniente que á los Abogados que no están en ejercicio y á los que tienen bufete abierto, se les hubiera concedido derecho á pretender, si bien subordinados, en preferencia á los funcionarios que pertenecieron al Cuerpo judicial, los Juzgados municipales sitos en poblaciones donde los mismos no estuvieran domiciliados, siempre y cuando lo fueran antes de posesionarse de sus cargos; y de este modo en pueblos importantes donde no residen Letrados, pero cuyos Juzgados municipales producen regulares rendimientos, tendrían un Juez municipal técnico y exento de las pasiones locales.

Por último, hubiera sido de desear que el Ministro pudiera haber adoptado una medida que diera como resultado el que ni un solo Juez municipal careciera de conocimientos de jurisprudencia; pero reconocemos lealmente que aquél no podrá hacerlo sin el concurso de las Cortes, y no está el Parlamento español contemporáneo en condiciones de conseguir que con celeridad se discuta y se vote una ley de interés general.

Digitized by Google

Sintetizando todo lo expuesto, diremos que los Jueces municipales españoles son en su mayoría indoctos, en gran número apasionados y parciales, y que los remedios intentados para remediar ese mal sólo lo han atenuado en un corto número de poblaciones, por lo que podemos seguir afirmando que sólo por excepción ofrece la justicia municipal garantías de acierto y de independencia.

Así lo ha debido conocer el Sr. Montero Ríos cuando, al formular las bases á que se ha de ajustar la proyectada ley orgánica del Poder judicial, trata, en virtud de la base 5.ª, de reformar la organización de los Juzgados municipales.

Ante todo, exígese en tal base que en las capitales de circunscripción sean Letrados indispensablemente, y esto por sí sólo merece aplauso, pues ya no se verá el caso, frecuente hoy, de que un lego sea Juez municipal en cabeza de partido, dejando postergados á los Letrados que habitan en la localidad, y que al encargarse de la jurisdicción del Juzgado de primera instancia y de instrucción le sirvan de Asesores aquellos mismos que se consideraron poco adecuados para desempeñar el modesto cargo de Juez municipal. Sin embargo, vemos una dificultad, no resuelta dentro de las bases que examinamos, para llevar á la práctica ese precepto, y consiste en que hay varias cabezas de partido en España donde no reside más Letrado, con ejercicio ni sin él, que el Registrador de la propiedad, por lo que será preciso buscar solución á este problema. Á nosotros se nos ocurren dos, consistentes en nombrar Juez municipal á un aspirante á la Judicatura ó á un simple Letrado extraño á la localidad; pero como los Juzgados municipales de tales poblaciones, ni aun sumados sus rendimientos á los del bufete de Abogado, producen lo bastante para el decoroso sostenimiento de un funcionario encargado de administrar justicia, será indispensable señalar á los Jueces municipales que se encuentren en ese caso un sueldo, por lo menos de 3.000 pesetas anuales, con cargo á los presupuestos del Estado. Como esta medida traería consigo un nuevo gravamen al Tesoro público, creemos

Digitized by Google

que, ínterin no cesen los apuros de éste, será imposible buscar tal solución, por lo que no nos queda más que la de confiar los Juzgados municipales de las cabezas de partido que se hallen *en ese caso* á los Registradores de la propiedad, pues precisamente da la circunstancia de que en tales poblaciones los Registros y las oficinas liquidadoras del impuesto de derechos reales son de poco movimiento, y no sería difícil que el Registrador pudiera atender bien á los tres cargos. No obstante lo dicho, sentiríamos que este sistema excepcionalísimo se hiciera extensivo á los demás partidos, porque como, por regla general, el Registro y la liquidación producen mucho trabajo, si se les agregaba á los Registradores el Juzgado municipal, y por ende la interinidad del de primera instancia, resultaría que no podrían atender bien á tantas ocupaciones y las mismas quedarían desatendidas.

La última solución que damos contiene como ventajas la de que los Juzgados municipales, en ciertas cabezas de partido, estarían desempeñados por personas competentes en la ciencia del derecho, pues no en vano la habrían acreditado así con su título de Abogado, y sobre todo, en las reñidas oposiciones que hay que hacer para ingresar en el Cuerpo de Registradores, y la no menos de que la justicia municipal, en tales localidades, estaría desempeñada por personas imparciales y alejadas, por regla general, de las miserias de campanario, como ahora se dice.

En cambio tiene nuestro proyecto un inconveniente, consistente en que éste chocaría con el organismo actual, según el que á los Jueces de primera instancia y á los municipales encargados de esa jurisdicción accidentalmente, corresponde, como delegados de los Presidentes de las Audiencias territoriales, la inspección de los Registros de la propiedad, y sería absurdo que una misma persona inspeccionase actos propios al practicar las visitas trimestrales y extraordinarias de los Registros, y que al entender en los recursos gubernativos contra las negativas de inscripción hechas por ellos, como Regis-

Digitized by Google

tradores, fuesen juez y parte simultáneamente. Pero tales escollos se salvaban fácilmente, si el legislador suprimiera toda clase de visitas á los Registros, excepto aquellas que la Dirección general practica por medio de sus empleados técnicos, pues no hay razón para que se vigilen tanto los Registros desempeñados por Letrados y no se visiten, sino por excepción, los protocolos de los Notarios, no obstante contener documentos importantísimos y ser llevados en algunos casos por funcionarios ancianos que carecen de todo título académico. También podría el legislador suprimir la competencia de los Jueces de primera instancia en los recursos gubernativos contra los Registradores, y así las partes, verían antes resueltos tales recursos, porque las tres instancias, que actualmente tienen, quedarían reducidas á dos.

Aún podría objetarse que después de hechas ambas reformas se daría el caso de que tales funcionarios ordenaran, como Jueces, practicar una anotación preventiva ó librar una certificación de cargas, y como Registradores calificar los documentos librados al efecto; pero este inconveniente se subsanaría disponiéndose que fueran sustituídos por otros funcionarios para uno de los dos actos.

Después, en la base 5.ª citada, se dispone que en los demás términos municipales la cualidad de Letrado no será necesaria, pero dará preferencia, dadas las demás circunstancias indispensables, para el desempeño del cargo.

Indudablemente que allí donde resida un Letrado con capacidad legal para ser Juez municipal, no podrá ser pospuesto á un lego; pero como en la inmensa mayoría de los pueblos, que no son cabezas de partido, se carece de Letrados y no va ningún forastero á domiciliarse para ejercer unas funciones que, por lo poco que rinden en tales casos, bien pueden llamarse gratuitas, resultará que en la generalidad de los pueblos de España los Jueces municipales serán indoctos y apasionados. Tal inconveniente no ha debido escapar á la sagacidad del Sr. Montero Ríos, pues para conjurarlo, sin duda, establece

Digitized by Google

á renglón seguido que los Jueces municipales ejercerán su jurisdicción civil y penal en juicio oral y público, acompañados de dos cojueces, que serán designados, por el orden y en la forma que legalmente se prescriba, entre los propietarios y capacidades del término respectivo, incluídos en la lista definitiva de jurados y previas las recusaciones sin causa, que podrán hacer los litigantes, de los incluídos en una parte alícuota de dichas listas, que determine la ley.

(Concluirá.)

JOAQUÍN GIRÓN.
Registrador de la propiedad por oposición, y Abogado en ejercicio.

Digitized by Google

CÓDIGO CIVIL (*)

Doctrina del Tribunal Supremo en los diferentes casos sometidos á su resolución.

RESERVA DE BIENES.—*El ascendiente que heredara de su descendiente bienes adquiridos por éste á título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, se halla obligado á la reserva. El grado de parentesco ha de contarse en relación con el que mediare entre la persona á cuyo favor subsiste la reserva y el descendiente de quien los bienes proceden. El derecho de reserva es un beneficio personalísimo* (1).—El Tribunal Supremo de Justicia, al resolver en casación sobre la novedad importantísima introducida en nuestro antiguo derecho por el art. 811 del Código civil, ha resuelto: 1.º, que al disponer ese artículo que el ascendiente que heredara de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, se halla obligado á reservar por ministerio de la ley los que hubiese adquirido en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes procedan; 2.º, que el Código civil, al determinar ese grado de parentesco, se ha referido al que mediare entre la persona á cuyo favor debe hacerse la reserva y el descendiente de quien los bienes procedan, toda vez que del fallecimiento de dicho descendiente se de-

(*) Véanse las páginas 346 y 365 del tomo 82 de esta REVISTA.

(1) Véase la importante consulta sobre la materia de bienes reservables, resuelta por el Director de esta REVISTA en la pág. 354 del tomo 78.

Digitized by Google

riva y arranca el derecho de reserva que en el citado art. 811 se establece; 3.º, que constituyendo la reserva de bienes un derecho ó beneficio personalísimo, sólo pueden ejercitarlo ó reclamarlo las personas á cuyo favor le ha establecido la ley de modo taxativo; razón por la cual no puede tener lugar, mediante á la interpretación restrictiva del texto de dicho artículo, la representación establecida para otro orden de derechos en los artículos 924 y 925 del Código civil, inaplicables, por tanto, á la cuestión. (Sentencia de 16 de Diciembre de 1892, publicada en la *Gaceta* de 21 de Febrero de 1893.)

Enajenación de bienes reservables.—Creemos de sumo interés la doctrina sentada por la Dirección general de los Registros, interpretando el art. 811 del Código civil. ¿Puede el ascendiente vender los bienes inmuebles heredados de su hija, que ésta á su vez heredase de su madre, concurriendo así todos los requisitos de la reserva troncal? Á nuestro juicio, los artículos 974 y 975 del Código civil contestan afirmativamente tal pregunta, entendiéndose dicha enajenación bajo condición resolutoria y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 109 de la vigente ley Hipotecaria. Mas habiéndose el Registrador negado á inscribir una escritura de bienes reservables, como adquiridos por un padre de un hijo que á su vez los recibiera de su madre, la Dirección, revocando lo resuelto por el Registrador, declaró: 1.º, que aunque los artículos 974 y 975 del Código civil se refieren exclusivamente á la reserva que originan las segundas nupcias, era evidente el criterio del legislador en orden á la enajenación de bienes reservables, no siendo aventurado aplicarle á la solución de una cuestión nacida del art. 811, y que éste no resuelve; 2.º, que el Código estima suficiente garantía para los hijos de un primer matrimonio la condición resolutoria que envuelve el art. 975, por lo cual los parientes colaterales, en el caso de la reserva troncal, no pueden aspirar á mayor derechó; y 3.º, que los bienes reservables son siempre susceptibles de enajenación bajo condición resolutoria, y siendo á ellos de aplicarse el artículo 109 de la ley Hipotecaria, debiendo expresarse en la ins-

Digitized by Google

cripción la reserva, con lo cual queda debidamente garantido el derecho de las personas á cuyo favor se halla éste reconocido. (Resolución de la Dirección de los Registros de 25 de Junio de 1892, *Gaceta* de 24 de Septiembre.)

***

RECONOCIMIENTO DE PROLE Y PATERNIDAD.—*La investigación de la paternidad está prohibida y no se admitirá por los Tribunales demanda sobre tal particular, fuera de los casos expresados en los números 1.º y 2.º del art. 140 del Código civil.—El derecho á los alimentos otorgado á los hijos adulterinos, si se ejercita después de publicado el Código, se rige por las disposiciones de éste, aun cuando el derecho se suponga anterior á su publicación.*—Presentada en 31 de Agosto de 1889, por la madre de unos menores, hijos adulterinos suyos, demanda sobre reconocimiento de prole y prestación de alimentos contra el supuesto abuelo de aquéllos, y formulado por éste artículo de incontestación, mediante hallarse prohibida en el vigente Código civil la investigación de la paternidad, la reclamante consignó, entre otros razonamientos, que los preceptos del Código no eran aplicables á la cuestión de autos, surgida de derechos anteriores á su promulgación, toda vez que el pretendido padre falleció en Septiembre de 1888. El Tribunal Supremo resolvió en casación: 1.º, que la Sala sentenciadora había interpretado rectamente los artículos 140 y 141 del citado Código civil, al desestimar como lo hizo la demanda y admitir el incidente previo de incontestación; por cuanto á la demanda no se habían acompañado los documentos indubitados que ordena el dicho art. 140, ni logrado, en su defecto, probar la paternidad con la prueba suministrada en el incidente; 2.º, que habiendo fallecido el sujeto á quien la paternidad era atribuída en Septiembre de 1888, y presentado la demanda en Agosto de 1889, venía sometida la demandante á las prescripciones del Código, conforme á la regla 1.ª de sus disposiciones transitorias, puesto que habiendo ejerci-

Digitized by Google

tado la parte actora su derecho después de regir el Código, quedaba aquélla sujeta á sus prescripciones, en cuanto á la acción, su ejercicio, duración y procedimiento para hacerla valer, y, por tanto, á lo que ordena el art. 141, en el cual, y como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 139 y 140, se determina el procedimiento, negando la admisión de la demanda que directa ó indirectamente se dirija á investigar la paternidad, y 3.º, que el simple hecho de nacer no es suficiente para la declaración de estado civil de los hijos, y de tal modo, que la ley Recopilada y el Código exigen un acto èxplícito de parte del padre que demuestre serlo, salvando con ello los graves inconvenientes que ofrece siempre la investigación de la paternidad, que es un misterio en la naturaleza.—(Sentencia de 20 de Abril de 1892, *Gaceta* de 2 de Agosto del mismo año.) (1)

***

RETRACTO.—*Si bien el art. 1522 del Código civil establece el derecho de retracto en favor del copropietario de una cosa común, el ejercicio de ese derecho habrá de subordinarse á las prescripciones generales del art. 1521.*—Adquiridos en pública subasta una finca entera y la mitad proindivisa de ciertos caseríos y molinos por un precio único, cuya finca y caseríos, antes de la división material, formaban una sola hacienda, no procede el retracto deducido á nombre del dueño de la mitad proindivisa de dichos caseríos y molinos. El Tribunal Supremo sentó sobre el particular la siguiente doctrina: 1.º, que para que pueda

(1) Este importante precepto del Código civil negando la investigación de la paternidad, que el Código de Napoleón, después de largos debates, consignó por vez primera, ha sido objeto de grandes controversias entre escritores tan notables como Laurent que le combate y Duveyrier que le defiende. La jurisprudencia francesa, citada por Dalloz, ha establecido: que «en caso de rapto, cuando la época en que se hubiere verificado el delito corresponda próximamente á la de la concepción, podrá el raptor ser declarado padre á instancia de los interesados».—*(N. de la R.)*

Digitized by Google

usar del retracto de una cosa común el copropietario de la misma, es condición precisa é indispensable—aparte de que se enajene á un extraño la porción perteneciente á uno de los condueños, y tal derecho se utilice dentro del término legal—que el retrayente se subrrogue en el lugar del que adquiere la cosa por compra ó dación en pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, según así se preceptúa expresamente en el art. 1521 del Código civil; 2.°, que habiendo el comprador adquirido la mitad de la hacienda y la mitad de los caseríos situados en ella, que con otro condueño poseía en común el retrayente, por un precio único y total, en contemplación sin duda á las mayores ventajas para el cultivo, era evidente que en ese caso especial no cabía mantener en su necesaria integridad, cual la ley requiere, las condiciones esenciales del contrato de venta, ó sea la cosa vendida, el precio dado por ella y hasta el mismo consentimiento que, según se ha dicho, prestó el comprador, como formando para él la cosa comprada un solo é indivisible todo; y 3.°, que no siendo, partiendo de tales supuestos, posible la subrrogación de personas en el modo y forma que la ley prescribe, era visto que la Sala, revocando la sentencia del inferior, al declarar, como declaró, no haber lugar al retracto de copropietarios, respecto de la mitad proindiviso, lejos de infringir los artículos 1521 y 1522 del Código civil, había hecho de ellos una justa y sana aplicación.—(Sent. de 26 de Octubre de 1891, é inserta en la *Gaceta* de 5 de Diciembre siguiente.)

La Redacción.

Digitized by Google

PROCEDIMIENTO CIVIL DE ESPAÑA

ENSAYOS SOBRE SUS REFORMAS *

Art. ... Aprobado en sentencia firme el proyecto de partición, se devolverá á los Contadores, quienes, previa citación de los interesados, procederán en su caso al sorteo de lotes (1) ante Notario, que levantará acta de su resultado, protocolizando á continuación el proyecto aprobado y la certificación de la sentencia, con cuyos datos extenderá la hijuela de cada interesado.

»Si se hubiere verificado antes la designación de lotes, en cumplimiento de lo prevenido en la sentencia de aprobación, el Secretario expedirá á cada partícipe copia de su respectiva hijuela, que producirá todos sus efectos, tanto para el pago del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, como para la inscripción en el Registro de la propiedad.

»Art. ... El proyecto, sin necesidad de aprobación judicial, se protocolizará desde luego, cuando todos los interesados ma-

---

* Véanse las páginas 597 del tomo 76; 25, 244 y 550 del 77; 81, 138, 464 del 78; 569 del 79; 119 y 333 del 80, 158 del 81, y 159 y 590 del 82.

(1) Dos casos pueden ocurrir al formar los lotes: ó que por disposición del testador deban adjudicarse cosas específicas y determinadas, ó no.—En el primero, los contadores señalan desde luego los bienes que correspondan á cada hijuela.—En el segundo, aun mediando mejora, y debiendo, por consiguiente, adjudicarse partes desiguales, únicamente designarán el exceso, y en cuanto á la hijuela ó legítima, se formarán lotes iguales para sortearlos en su día, como previene este artículo.

Digitized by Google

yores de edad, ó el padre ó la madre, representante de los menores ó incapacitados, hubiesen comparecido ante los Contadores y un Notario, prestándole su aprobación expresa: el acta comprenderá entonces este extremo.

SECCIÓN SEGUNDA

(del Título referente al orden de proceder en las quiebras).

Del procedimiento en las suspensiones de pagos.

»Art.... La instancia solicitando la declaración en estado de suspensión de pagos se formulará por el deudor, siendo potestativa la intervención de Letrado y Procurador; expresará su domicilio y todos los escritorios, almacenes y otros cualesquiera establecimientos de su comercio ó industria, debiendo siempre estar firmada por el mismo, y si no supiere ó no pudiere hacerlo, por un testigo á su ruego, y cuando no la presentare personalmente, ó no fuere conocido del Secretario, no se la dará curso hasta que se ratifique en ella, cuya diligencia se practicará dentro de las veinticuatro horas siguientes á la presentación.

»Art.... Acompañará á la solicitud:

»1.º La exposición de los acontecimientos en que funde su pretensión.

»2.º Estado detallado con valoración de su activo y la indicación de la suma total á que alcance el pasivo, los libros, correspondencia mercantil y cuantos documentos puedan contribuir á corroborar los datos que suministre.

»3.º Lista nominal de los acreedores que reconozca y de los que pretendan serlo, con indicación de su domicilio y del importe de cada crédito.

»4.º Calificación de su gestión mercantil firmada por dos comerciantes de la plaza ó en su defecto de las más próximas.

»5.º Las proposiciones de convenio (1).

---

(1) Téngase en cuenta que con esta reforma articulada se elaboró un proyecto modificando el Código de Comercio, y por el cual se suprimía la fa-

Digitized by Google

»Cuando se tratare de una compañía colectiva ó en comandita, se expresará también el nombre y domicilio de cada uno de los socios solidarios y se firmará la instancia por el que ó los que tengan la firma social; si de una compañía anónima, la instancia será firmada por el director ó administrador que hiciere sus veces.

»Si no interviniere Procurador, se consignará también la cantidad que el Juez ó Tribunal estime necesaria para garantizar el pago de costas.

»Art. ... El Secretario de gobierno, ó el que hiciere sus veces, recibirá la instancia documentada, que anotará en un Registro especial, expidiendo recibo de oficio en el que conste el número que la corresponda, día y hora de la presentación, y el actuario á quien corresponda en turno, todo lo que se hará constar por diligencia á continuación del escrito y sin necesidad de más trámites.

»El actuario que intervenga en el expediente dará aviso de la presentación al Fiscal de la Audiencia, que personalmente, ó por medio de un Teniente ó de un Abogado fiscal propietario, inspeccionará los libros y demás documentos, é intervendrá en todas las operaciones referentes al convenio.

»Con vista del expediente y de la pretensión fiscal, que podrá formularse en el término de tres días, y transcurridos éstos, el Juez ó Tribunal dictará auto estimando ó denegando la declaración pretendida. En este último caso se acordará, si ha lugar, á la declaración de quiebra de oficio; contra este proveído podrán ejercitarse los recursos de reposición y apelación subsidiaria, que será admitida en un solo efecto.

»Art. ... Estimada la pretensión, en el mismo auto se nombrarán tres síndicos provisionales y otros tantos suplentes, que reemplazarán en su caso al que ó los que se excusaren ó inuti-

---

cultad que el art. 872 del mismo concede al deudor para presentar el proyecto de convenio, dentro del término de diez días después de la presentación en estado de suspensión de pagos.

Digitized by Google

lizaren, de entre los acreedores comerciantes, ó que lo hubieren sido, simplemente escriturarios ó con documento en el que interviniera Agente ó Corredor con carácter público, ó sus representantes legítimos que tuvieran aquel carácter y que figuren en los libros ó en la lista presentados, y en su defecto, por sorteo de otros comerciantes, con tal que aquéllos ó éstos sean personas determinadas, se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, y no concurra en los mismos, en relación con el deudor, alguna de las causas expresadas en el art. 189 de esta ley, y que residan en el lugar del juicio; igualmente se designará el local, día y hora en que han de reunirse los acreedores, teniendo en cuenta el número y domicilio de éstos, y siempre dentro de los primeros treinta días hábiles, y se mandará anunciar en la *Gaceta de Madrid* y *Boletín Oficial* de la provincia y en dos periódicos locales, ó en su defecto provinciales, de mayor circulación.

»Si el pasivo no llegare á 7.500 pesetas, bastará que la publicación se verifique en el *Boletín* y en un periódico local.

»Si hubiere pendiente ante el Juez ó Tribunal una pretensión sobre declaración de quiebra contra el mismo deudor, se proveerá en un solo auto, respecto al que habrá los recursos anteriormente expresados.

»El actuario, bajo su responsabilidad, notificará y citará dentro de veinticuatro horas á los síndicos y suplentes designados, requiriéndoles para que en el acto manifiesten si aceptan ó no el cargo; obtenida la conformidad del número designado, y previo juramento de desempeñarlo bien y fielmente, entrarán en posesión, y al efecto se les pondrán de manifiesto en la Secretaría los libros y documentos, con vista de los que confirmarán ó rectificarán la exposición de hechos y estados formados por el deudor y gestionarán el cumplimiento de lo prevenido en los números 2.°, 4.° y 5.° del art. 872 del Código de Comercio (1).

(1) Art. 872 de dicho proyecto de reforma. La declaración de suspensión de pagos producirá los efectos siguientes:

Digitized by Google

»Convocará también individualmente á los acreedores residentes en el lugar del juicio por cédula, y á los ausentes de domicilio conocido por carta certificada, de suerte que las reciban, por lo menos, ocho días antes del fijado para la junta; las cédulas y cartas respectivas contendrán copia de las proposiciones formuladas por el deudor, del nombre de los síndicos provisionales designados y del art. 900 del mencionado Código.

»Cuando residieren en países extranjeros, podrá hacerse uso de la vía telegráfica, indicándose entonces solamente el día y objeto de la reunión.

»Los recibos de los certificados, y de los telegramas en su caso, y un ejemplar de los periódicos en que se publiquen los anuncios, estarán de manifiesto en la Secretaría tres días antes del señalado para la Junta de acreedores.

1.° Las reclamaciones que se formulen contra el caudal del deudor, se entenderán con éste y con el síndico ó síndicos que se nombren, en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

2.° El deudor no podrá contraer nuevas obligaciones ni contratar sobre todo ó parte de su activo; se exceptúan la venta de objetos expuestos á destrucción ó depreciación, ó que sean de costosa conservación, cuya venta se realizará con asistencia del síndico ó síndicos, ó por éstos solos si aquél se negase á ello.

3.° Para continuar la explotación de su comercio ó industria necesitará autorización del síndico ó síndicos; si se le concediere, le serán devueltos los libros y documentos necesarios al efecto, pero rubricados en todas sus hojas por aquéllos, y siempre después que hayan practicado las operaciones prevenidas.

4.° El metálico ó valores procedentes, ya del activo ó de las operaciones que se realicen, se consignarán por los síndicos en la Caja de Depósitos, en la sucursal, ó en las de un Banco autorizado para ello.

5.° Los bienes inmuebles se anotarán preventivamente en el Registro de la propiedad, con arreglo á lo prescrito para las demandas en la ley Hipotecaria.

6.° Los créditos contra la masa aún no vencidos son exigibles desde luego, cesando por tanto los intereses que devengaren, á excepción de los garantidos con prenda ó hipoteca, y en cuanto alcancen las cosas afectas especialmente á las mismas.

Digitized by Google

»Art. ... Reunida la Junta con asistencia del Ministerio fiscal y de número suficiente de acreedores citados, los síndicos presentarán un estado detallado de la situación económica del deudor, que comprenderá la enumeración y avalúo de todos sus bienes muebles é inmuebles, los créditos activos y pasivos, utilidades, pérdidas y gastos domésticos.

»Los acreedores que asistan personalmente, los representantes legítimos de los mismos ó sus apoderados, que habrán de ser comerciantes, agentes intermediarios mercantiles ó procuradores, exhibirán sus títulos, si los tuvieren, expresando todos por escrito el importe de sus respectivos créditos; si por el Ministerio fiscal, el deudor ó alguno de los acreedores presentes, fuese objeto de impugnación uno ó más de aquéllos, el Juez ó Presidente, oídas las partes, resolverá en el acto y de plano, sin ulterior recurso; pero esta decisión producirá efecto únicamente respecto á la admisión del acreedor ó acreedores en la Junta y á la cantidad que han de representar en las votaciones.

»En este estado se dará lectura de los nombres y apellidos de los acreedores presentes, cuyos créditos fueren admitidos, y en su virtud se expresará si hay ó no número bastante para formar las mayorías prevenidas en el Código de Comercio.

»Caso afirmativo, se confirmará el nombramiento de los síndicos ó podrán designarse otros de las condiciones expresadas por votación nominal, que continuarán ejerciendo su cargo definitivamente; la nueva designación del primero y segundo síndico se hará por mayoría de cantidades, y el tercero tendrá lugar por sólo los acreedores, cuyos votos no hayan servido para resultar nombrados los dos primeros, quedando elegido aquel que obtuviera mayor número.

»Leída la proposición de convenio presentada por el deudor, si alguno de los asistentes pidiere la palabra en contra, se le concederá, abriendo discusión sobre la misma, pudiendo hablar tres en pro y otros tantos en contra; dada lectura del artículo 900 del Código mencionado, y de los que en el mismo

Digitized by Google

se citan, las personas en ellos comprendidas podrán retirarse absteniéndose de tomar parte en la votación. Si no lo hicieren, se entenderá renunciado el derecho de abstención con todas sus consecuencias.

»Acto seguido se verificará la votación nominalmente y por el orden con que los acreedores se hubieren presentado en el juicio formando acuerdo el voto de la mayoría, que se compondrá de la mitad más uno de los concurrentes en aquel momento, siempre que su interés cubra las tres quintas partes del total pasivo.

»7.ª Hecho público el resultado de la votación, se admitirán y consignarán las protestas que se formularen por los no abstenidos contra el voto de la mayoría, y se dará por terminada la sesión.

»Si la proposición resultare admitida, los acreedores podrán acordar continúen en su cargo los síndicos hasta el cumplimiento del convenio en todas sus partes; si esta medida no se creyere necesaria, se dará por terminado el estado de suspensión de pagos y quedarán sin efecto las precauciones al principio adoptadas.

»De todo se extenderá acta, la que expresará:

»1.º El nombre de los acreedores presentes, ya en virtud de la citación ó que hayan comparecido espontáneamente.

»2.º Indicación sumaria de la discusión habida sobre reconocimiento provisional de créditos y las resoluciones que se adoptaren.

»3.º La proposición definitiva del deudor.

»4.º El resultado de la votación; y

»5.º El día en que el Juez ó Tribunal ha de dictar auto de aprobación del convenio, que será el siguiente al en que transcurra el término concedido en el juicio de quiebra para formular oposición.

»El acta se firmará en el mismo local por todos los asistentes, incluso los abstenidos para lo que entrarán de nuevo en el local.

Digitized by Google

»Art. ... En los casos del párrafo segundo del art. 873 del Código de Comercio (1), ó si no se promoviera la quiebra en término de quince días y siempre que en el convenio aprobado se hiciere abandono de activo, se realizarán los bienes del deudor por los síndicos en la forma prevenida para la vía de apremio, y previo reconocimiento definitivo y graduación de créditos, que se verificará en comparecencias verbales, sujetándose en lo posible al juicio de quiebra. Contra las decisiones definitivas del Juez ó Tribunal, que recaigan sobre cantidad ú objeto cuyo valor exceda de 250 pesetas, podrá ejercitarse el recurso de apelación, que será admitido en un solo efecto, y la segunda instancia se tramitará con sujeción á lo dispuesto para los incidentes.»

XLVIII

DEL JUICIO ARBITRAL

BASE 19.ª

«Las partes conservarán la facultad de elegir árbitros, que tendrán siempre el carácter de amigables componedores, para

---

(1) Art. 873. (Proyecto de reforma del Código de Comercio.) La proposición de convenio se sujetará en la deliberación, votación y demás que le concierna, á lo establecido en la sección cuarta de este título y en la ley de Enjuiciamiento civil.

Si fuese desechada, y aunque se estimara no se aprobare judicialmente, los acreedores podrán solicitar, y el Juez ó Tribunal acordará, una de las resoluciones siguientes:

1.ª Que se declare en estado de quiebra al deudor; y

2.ª En el caso de existir bienes bastantes para cubrir todas las obligaciones, ó cuando el activo del deudor no exceda de 7.500 pesetas ó el convenio le exija, la realización de los mismos por los síndicos.

El Juez ó Tribunal podrá negar la aprobación del convenio cuando no aparezca de los autos que el deudor obrara de buena fe al presentarse en estado de suspensión de pagos.

Los acreedores no convocados á la junta y que no concurriesen á la misma voluntariamente, podrán oponerse al convenio.

Digitized by Google

dirimir las cuestiones que entre las mismas se susciten ó se hayan suscitado. Se adicionarán las excepciones de esta facultad con los casos en que intervenga el Abogado del Estado y las sometidas al consejo de familia. El compromiso habrá de contraerse por escritura pública ó *apud acta*, si un Tribunal hubiese empezado ya á conocer del asunto. Concurrirán á su otorgamiento los árbitros y suplentes, que se designarán al mismo tiempo, debiendo todos prestar su conformidad en el acto, y se les fijará un término para instruirse y oir á las partes y otro para dictar sentencia.

»El procedimiento se limitará á oir, dentro del término fijado, á las partes, testigos y peritos, á enterarse de los documentos que aquéllas presenten al formular sus pretensiones, á tomar todos los informes que les parezcan útiles sobre las circunstancias que hayan originado la contienda, y á dictar sentencia dentro del término fijado. Contra ésta no podrá utilizarse otro recurso que el de casación por haberse pronunciado fuera de término ó por haberse excedido de las facultades concedidas en el compromiso. Los árbitros entregarán una copia de la sentencia á cada parte y el original en la Secretaría del Juez instructor que sea competente para su ejecución. Los árbitros que no cumplan las obligaciones del cargo, satisfarán á las partes una multa que fijará la ley en proporción con la cuantía é índole de las cuestiones sometidas á su decisión.»

Con arreglo á los principios científicos, los primeros Jueces en materia civil son los que las partes eligen; de ahí el que en todo tiempo y en todos los pueblos haya venido á autorizar el legislador la vía del arbitraje, y ciertamente que no se mermará ese derecho con la reforma que se intenta, antes se ampliaría haciendo el laudo obligatorio, si no hubiera tendencia contraria en los Códigos que regulan el derecho llamado sustantivo (1). La práctica demuestra que el juicio de árbitros

(1) En efecto, suprime el Código de Comercio de 1885 el establecido por

Digitized by Google

actual es largo y dispendioso, quizá más que el de los Tribunales de derecho; de ahí el que se le refunda en el de amigables componedores, utilizando disposiciones, sin las que podrían cometerse abusos en perjuicio de la recta administración de justicia.

Aunque se califiquen estas afirmaciones de nota discordante en el coro tradicional de alabanzas que se vienen prodigando á la institución, todavía con el cambio transcendental que se propone es de temer no produzca el resultado apetecido (1), y por tanto será preciso adoptar precauciones, si bien al mismo tiempo la bondad del arbitraje en sí, hará que pactado, ya que en ningún caso se establece el forzoso, haya de producir todos sus efectos.

Por regla general, cualquier conflicto jurídico puede comprometerse en árbitros; pero cuando uno de ellos versa sobre objeto que afecta al orden público ó á persona que se halla bajo la protección especial de la ley, de suerte que el interés de la sociedad exige mayor garantía en cuanto á la aplicación estricta del derecho, el interés particular cede ante esta exigencia, y la resolución de la controversia no pueden resolverla

---

el de 1829, que en ese punto imitaba el Código francés, seguido por la mayor parte de los Estados europeos; la ley de 17 de Julio de 1856 también hizo cesar en Francia el arbitraje forzoso, fundándose en que se alejaba de las previsiones que motivaron su creación, pues sería difícil reconocer en la mayor parte de las Sociedades modernas el carácter de intimidad que en los últimos siglos las colocaba en el rango de las familiares; además, los Jueces de los Tribunales de Comercio están animados de un espíritu pacífico y conciliador que con frecuencia les hace buscar con éxito el medio de determinar las diferencias existentes por transacciones, y Alemania siguió más recientemente el mismo camino. ¿Será esto aplicable á España, donde carecemos de la jurisdicción mercantil ó de cámaras auxiliares? Ello es que subsiste en Suecia (art. 17, ley 28 de Octubre de 1887) y se estableció en Quebec en 1885, y aun lo conservan en países que no legislaron recientemente sobre el derecho mercantil.

(1) A pesar de las reformas realizadas en el procedimiento italiano, Mortara afirma que no hace á la justicia muchos ni buenos servicios.

Digitized by Google

Jueces electivos y sí los ordinarios. En este concepto general aplicable á las excepciones que actualmente consigna la ley en su art. 487, caben también las que indica la base, ya que en las cuestiones que hoy interviene el Abogado del Estado, lo hacía anteriormente el Ministerio fiscal y la institución del consejo de familia, que es un verdadero tribunal, al que atribuye el Código civil el exclusivo conocimiento de cuestiones en que están interesados los menores ó incapacitados, obliga á adicionar otra para que se entienda que cuando deba acudirse á aquél directamente, no cabe el compromiso. No por eso se excluye la posibilidad del mismo en las demás cuestiones que, aunque interesados en ellas menores, deban resolverse por los Tribunales ordinarios y que son á las que se refiere el núm. 12 del art. 269 del Código civil.

Contrato *sui generis* el compromiso, todas las legislaciones exigen que conste por escrito, y es que se trata de establecer no sólo la prueba de que las partes han renunciado á la jurisdicción ordinaria, sí que suministrar al mismo tiempo un título del que los arbitros electos reciben sus excepcionales poderes. Así lo comprendieron nuestras leyes, y como la necesidad del escrito se requiere *ad solemnitatem* y no exclusivamente *ad probationem,* vienen mandando que el compromiso pueda sólo otorgarse por escritura pública, siendo nulo en cualquier otra forma que se contrajere (1). Con el procedimiento anterior y cuando el Escribano era Notario y viceversa, se explica esta limitación; pero hoy que en los asuntos pendientes el intento de conciliación, como hemos visto, ha de tener lugar en cualquier comparecencia de las partes, al lado de aquélla bien puede colocarse el medio aun más solemne de que el compromiso se celebre ante la autoridad judicial: por otra parte no sea que en el tiempo que se necesita para constituirse ante el Notario y viéndose los litigantes fuera de la presencia del Juez ó Tribunal, pres-

(1) Art. 792.

Digitized by Google

cindan de sus buenos propósitos y vuelvan á la lucha con nuevo encarnizamiento.

Siempre resultará aun muy limitada la forma de la celebración de este contrato, comparado con lo que ocurre en otros pueblos (1).

No basta que las partes se obliguen ó contraigan el compromiso: la escritura ó acta en que conste ha de contener otros requisitos, los necesarios para la constitución del juicio arbitral (2): además, con el fin de prever todas las eventualidades y de que no se frustre por cualquiera de ellas la feliz avenencia establecida, previene la base que al otorgamiento han de concurrir los arbitros y los suplentes, que también se designarán, y todos en aquel acto aceptarán el cargo, evitándose así trámites costosos y dilatorios.

En términos más explícitos, pero en el fondo idénticos, establece la base el procedimiento que han de seguir los árbitros para cumplir el cargo, optando por el de los amigables componedores, y es que en la generalidad de los casos la causa impelente que determinó á las partes á aceptar el compromiso, es el deseo de sustraer la litis al *summum jus,* ya para facilitar la resolución, ya para hacer menos onerosa la situación del vencido, aplicando en vez de la rigurosa ley escrita los principios más suaves de la equidad: y no puede admitirse otra cosa. Se ha alegado, sin embargo, que no puede presumirse en los ciudadanos la voluntad de renunciar á la aplicación de la ley cuando callan sobre ese extremo, y por tanto, el compromiso sólo tiende á sustituir los Jueces del Estado por los electivos, y nada más; consecuencia de esta doctrina fué la de entender que se trataba del juicio de árbitros y no de amigables componedores, debiendo en su consecuencia ser tramitado y decidido

(1) En Italia sólo se requiere que el compromiso conste por escrito, admitiendo tanto el público como el privado, art. 11.

(2) Art. 793.

Digitized by Google

con sujeción á las leyes, mientras otra cosa no constara (1). Este sistema destruye la esencia misma de la institución, y la mejor prueba la tenemos en las acres censuras de que es objeto en los pueblos que lo siguen; por tanto, se adopta el contrario (2), y así el que acuda al arbitraje ya sabe que los Jueces elegidos á su libre albedrío no tienen obligación á sujetarse en nada á las leyes escritas, limitándose, después de un procedimiento adecuado, y tan sencillo que bien puede calificársele de patriarcal, á resolver según los dictados de su conciencia.

De esta doctrina hacen surgir otra algunos legisladores y tratadistas: la de que impere en absoluto el principio de la única instancia, negando hasta el recurso de casación, y se fundan en que al someterse las partes á los árbitros, confían plenamente en su honradez y competencia, y parece un contrasentido que en definitiva una resolución judicial prevalezca sobre la de aquéllos: no habría necesidad, pues, de renuncia alguna, ni se permitirían los pactos en contrario (3). La sentencia sería ejecutoria desde luego que se presentara en la Secretaría del Tribunal, al que incumbe el cumplimiento, que la daría el *exequatur*, mediante el que se la consideraría revestida de todas solemnidades, como si procediera de cualquiera autoridad judicial. Pero es indiscutible que concediendo la improcedencia de los recursos mencionados, no era posible dar más fuerza á la ejecutoria de los árbitros que á la procedente de los Tribunales ordinarios, y de ahí el que faltaban términos hábiles para aplicar á la casación, en caso, mejor especie de revisión, los argumentos que se invocan en cuanto á los demás. Hay, en efecto, motivos especiales, extraordinarios,

(1) Francia, Italia y Holanda adoptaron esta distinción, aunque no en el procedimiento, que es el mismo.

(2) Ginebra, Austria y Alemania consideran también el arbitraje como un mero juicio de equidad.

(3) Una ley de Suecia ya citada aplica esta doctrina al verdadero juicio arbitral; en Alemania también tiene el laudo autoridad de cosa juzgada (§ 366).

Digitized by Google

imprevistos, de consiguiente, que las partes no están en el caso de apreciar *a priori* de un modo conveniente: el arbitraje no implica, por tanto, la renuncia á los mismos (1). ¿Cómo ejercitar este derecho? Hubo de optarse por el recurso de casación, pues aunque en tésis general no pueda llenar el objeto como el de nulidad admitido en otros pueblos, porque necesita una resolución previa de otro Tribunal respecto al hecho en que puede fundarse el motivo de nulidad, ¿á qué introducir ese remedio especialísimo, sustituído desde hace bastantes años en nuestro procedimiento?

No se desconoce la fuerza de los argumentos aducidos contra este remedio; pero ofreciendo la jurisdicción arbitral menos garantías que la ordinaria, sería de temer que segura aquélla de la absoluta irrevocabilidad de sus decisiones, al propio tiempo que de su irresponsabilidad, pudiera abusar del poder en sus manos depositado por la ley, aparte de que no supone esa acción la privación de la ejecutoriedad antes indicada, porque si la sentencia adolece de las condiciones esenciales para ser considerada como tal con sujeción á la ley, ¿cómo ha de otorgársela la inviolabilidad que de lo contrario la concedería la Autoridad pública (2).

También resulta hoy complicado y difícil el procedimiento para regular los daños y perjuicios que deban abonarse en el caso del art. 796, á cuyo efecto será reemplazado por una multa fija, según la cuantía del asunto, distribuyéndola entre las partes.

Es también otro medio ideado al propósito de evitar la facilidad con que el arbitraje quede sin efecto, convirtiéndose así en otro trámite inútil dentro del procedimiento.

---

(1) Su mera enunciación basta para justificarlos, por más que á los indicados en el núm. 3.º del art 1691 de la ley de Enjuiciamiento se adicionasen otros al desarrollar el último párrafo de las bases.

(2) Lo establecen los Códigos que admiten los recursos de apelación y casación cuando las partes hubieran renunciado á los mismos; ejemplo, el italiano.

Digitized by Google

XLIX

CUMPLIMIENTO DE LOS EXHORTOS Y SENTENCIAS PROCEDENTES DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

BASE 20.ª

«Se dictarán reglas para el cumplimiento de los exhortos y sentencias extranjeros, sustituyendo en esta materia el principio de reciprocidad por el de prestar fuerza á las providencias judiciales de todo país, siempre que ofrezcan garantías de justicia, y que no se perjudique la competencia de los Tribunales españoles.

»El cumplimiento de los exhortos, que no vengan especialmente cometidos á Tribunales superiores, corresponderá al Juez de instrucción del lugar, con recurso de queja ante la Audiencia territorial si se negare ó demorase su cumplimiento, ó con él se causare agravio á tercero.

»La ejecución de las sentencias definitivas pronunciadas por los Tribunales extranjeros corresponderá á las Audiencias territoriales, con intervención del Ministerio fiscal, y sobre lo que se resuelva habrá recurso de casación.»

Es una máxima inconcusa de doctrina y jurisprudencia, que la facultad de dar fuerza ejecutiva á las sentencias ú otras resoluciones procedentes de Tribunales extranjeros, corresponde á la soberanía local; pero el desarrollo del derecho internacional privado, el aumento siempre creciente de las relaciones de los ciudadanos de un Estado con los de los otros, el deber de procurar que el orden jurídico sea conservado en toda la sociedad internacional para que el individuo encuentre la misma protección, ó sea la misma garantía de sus propios derechos que la que le está asegurada en la sociedad política de que forma parte, hacen que al regular los efectos de las sentencias procedentes de más allá de nuestras fronteras, se intente dar un paso más en la vía que trazan los artículos 951 y

Digitized by Google

952 de la actual ley, concediendo por regla general y sin consideración á los tratados ni á la teoría que prevalezca en otras partes, autoridad y eficacia á las sentencias regulares emanadas de Tribunales extranjeros con la adopción de la reciprocidad del derecho, ó sea el principio de la justicia estricta, jurídicamente obligatorio, con independencia del consentimiento prestado por los Estados *ab mutuam utilitatem:* ahora que distinguiendo de aquélla la fuerza ejecutoria de las mismas, ésta ha de continuar declarándose por las autoridades nacionales, si bien de conformidad á lo exceptuado ya por otros Códigos (1), se confiere tal misión á los Tribunales superiores ó Audiencias territoriales cuando se trate de las sentencias que pongan término al pleito; reforma del art. 955 altamente beneficiosa por la economía y rapidez que ha de imprimir al procedimiento, aparte de que el nuevo principio que va á inspirar estas disposiciones hace más fácil la tarea del juzgador español, que no necesitará ya conocer tan á fondo esa materia de derecho internacional y las distintas leyes de los países que tienen con nosotros relaciones mercantiles, y respecto á los que se dará de ordinario el caso de que se trata; queda expedito el recurso de casación cuando proceda con arreglo á lo que se establece en la base que de ellos trata, pues al cabo á la resolución que acuerda la ejecución del fallo precede un verdadero juicio que reviste los caracteres de una apelación del juzgador extranjero al nacional, con los trámites sustanciales que se requieren en buenos principios de derecho procesal, aunque limitado el recurso á puntos de más grave momento, y en lo que no sufrirá innovación la actual ley. Pero hay otros acuerdos de los mismos Tribunales de menor importancia, y que sólo producen efectos provisionales, como los embargos ó secuestros que se decretan

(1) Alemán, § 660; italiano, 941, y varios más, que se diferencian en admitir como bases que sean únicamente las Cortes de apelación ó también Tribunales más inferiores los que declaren la fuerza ejecutiva de estas sentencias; véase también una proposición de ley presentada en nuestras Cortes por Maspons.

Digitized by Google

en un procedimiento sumarísimo, y de ahí que hayan de entender en el cumplimiento de los mismos las Audiencias competentes, sean ó no territoriales, ó los Jueces de instrucción cuando se encargue á medio de exhorto su cumplimiento, y sin otro recurso que el de queja en este último caso, porque tampoco se da el de casación en los de esa clase, originarios de los Tribunales españoles: por último, las providencias y autos que se refieren á diligencias de instrucción, como citaciones y emplazamientos, declaraciones de testigos, etc., apartándose de lo prescrito en otros Códigos (1), que reservan siempre el cumplimiento á las Cortes de apelación; para facilitarlo se someterá también al Juez de instrucción, porque no requieren juicio previo ni otros trámites de todo punto innecesarios cuando la cuestión es sencilla y de fácil apreciación con vista de los documentos que se presenten.

(Continuará.)

VÍCTOR COVIÁN.

(1) Italia, art. 945.

Digitized by Google

REVISTA DE LA PRENSA JURIDICA EXTRANJERA

I. La costumbre como fuente del derecho público, por *A. Longo*. — **II. Cuestiones sistemáticas de derecho administrativo**, por *M. La Via Bonelli*.—**III. Derecho y política**, por *V. E. Orlando*.

I

En una de las *Revistas* anteriores aludí al trabajo de Longo sobre la *costumbre como fuente del derecho público*, inserto en el *Archivio di diritto publico* (Palermo). Hoy quiero tratar especialmente del mismo, pues tanto por el asunto como por la manera de estudiarlo, merece particular consideración. El autor lo divide en capítulos, y para que el lector se forme cabal idea de su contenido, reflejaremos en esta noticia crítica la misma división.

Introducción.—Afirma el autor que el tema relativo á la costumbre, como fuente del derecho público, no tiene en la literatura política tratados especiales, si se exceptúa una breve monografía de Lüders sobre el *derecho consuetudinario en materia administrativa*, y las páginas que al asunto dedica Puchta en su célebre obra *Das Gewohnheitsrecht*, más lo que en general puede inferirse de los estudios numerosísimos que acerca de la costumbre en el derecho, se han escrito.

Tiene el autor perfecta razón; pero hay en sus consideraciones preliminares un vacío al no aludir ó interpretar desde luego el valor particular que pueda tener para tratar el tema de la costumbre, especialmente en la formación y desarrollo del derecho constitucional, la constitución inglesa, tanto en sí misma como derecho positivo, cuanto en los comentaristas, desde Blackstone hasta Gueist ó Dicey. Mucho más cuando en el cuerpo del trabajo dedica al asunto un capítulo. La comparación del derecho constitucional inglés, tradicional, de formación lenta y paulatina, predominantemente no escrita, como dice Burges, con el derecho constitucional continental razonado y *apriorista*, es uno de los estudios más sugestivos para el examen adecuado del tema que trata el señor Longo. Por de pronto, explícase, atendiendo á la formación distinta del continental (el italiano como todos los demás), bajo el influjo de la imitación de la constitución inglesa, y como instauración revo-

Digitized by Google

lucionaria y reflexiva de un derecho escrito é ideal, el poco valor que científicamente se ha dado en él hasta ahora á la costumbre.

Capítulo primero.—Trata en este capítulo nuestro autor, del *derecho consuetudinario en general y de su eficacia, considerada en relación con el concepto de la soberanía.*

Iníciase aquí el estudio del tema, mediante una determinación desde el punto de vista político, de lo que es, ó debe conceptuarse que es, la costumbre. El autór parte para su fin de las enseñanzas clásicas y de valor inalterable de los Savigny y de los Puchta, procurando armonizar muy racionalmente las conclusiones de la escuela histórica con las enseñanzas de las modernas teorías de la soberanía del Estado, previa una crítica muy exacta de las doctrinas que, inspirándose en el sentido formalista y abstracto de Rousseau, consideran la costumbre como el resultado del tácito consentimiento del legislador.

El argumento sintetizado del Sr. Longo, es, sobre poco más ó menos, el siguiente:

El derecho no es la expresión formal de la voluntad; el derecho es la manifestación histórica paulatina del sentir jurídico del pueblo; el pueblo, considerado, no como la reunión de individuos, sino como el conjunto armónico de las individualidades que comulgan en un mismo espíritu, que es el espíritu popular (generador del derecho positivo según Savigny). Ahora bien: el órgano de manifestación del derecho, sentido y querido por el pueblo, es el Estado, quien tiene el poder soberano, ó sea el poder suficiente para hacer vivir el derecho.

Las consecuencias de esta doctrina general son muy interesantes y aceptables, sin duda. «Considérase que la soberanía es como la manifestación de la personalidad jurídica del Estado, y como síntesis de todo el derecho del Estado, á la vez que se sustrae la idea de soberanía (originaria) de la voluntad de los individuos de que el pueblo se compone para hacerla residir en aquel espíritu popular, viviente y activo por modo universal en todos los individuos», llegando, por otra parte, á sentar como criterio del derecho constitucional, el que el derecho en general, no debe concebirse como teniendo una existencia independiente y superior al órgano que en la aplicación concreta de la soberanía está destinado á la declaración del derecho: en otros términos, que es un error constitucionalmente inadmisible, suponer que el derecho exista por la ley, mientras es verdad lo contrario, que la ley existe por el derecho, como es errónea también la doctrina que hace depender la fuerza obligatoria de la costumbre del consentimiento tácito del legislador, siendo así que su raíz directa é inmediata está en la manifestación espontánea del derecho mismo, en ser recibida en la conciencia jurídica popular, que adquiere la convicción de que tal relación dada de la vida debe regularse de tal ó cual manera especial.

Digitized by Google

Capítulo II.—Lo titula *Admisibilidad genérica de la costumbre como fuente del derecho en los Estados modernos.* Empieza el Sr. Longo, por sentar el hecho admitido de que, la costumbre que en los orígenes del derecho, en ciertos pueblos primitivos, es fuente exclusiva del mismo, llega á ser fuente á la vez que la ley, con una importancia y un valor que varía bajo el imperio de las circunstancias.

Sienta luego una afirmación en virtud del concepto filosófico del derecho, á saber: que dada la naturaleza de la costumbre, desde un punto de vista general, para su fuerza verdaderamente obligatoria, no hay necesidad del reconocimiento expreso del legislador. Mas si para esto la intromisión del legislador resulta de hecho superflua, puede tal intromisión dar lugar á graves cuestiones cuando se dirige en sentido contrario, á negarla la eficacia como fuente general del derecho. Cita Longo á este propósito algunas de las leyes romanas prohibitivas de la costumbre, y á la luz de la argumentación de Windscheid examina muy atinadamente el problema de la validez de una ley que prohiba la costumbre. Windscheid combate esta validez gráficamente: «la ley, dice, no puede disponer que el derecho no sea derecho, y tan eficaz es que niegue el valor al futuro derecho consuetudinario, como á una ley futura». En efecto, la costumbre tiene por sí un valor jurídico substantivo, es y vive independientemente del derecho solemnemente declarado, más aun, siendo base y fundamento de este mismo derecho que en rigor deja de serlo si no refleja del modo que sus procedimientos delicados, sistemáticos y reflexivos, el contenido mismo de la costumbre, á ser posible perfeccionado, pero siguiendo el mismo sentido que la costumbre indique.

¿Qué valor tiene, después de todo, una declaración legal, que es sólo el capricho teórico del legislador? Es letra muerta, letra sin espíritu humano que la vivifique, documento escrito que apenas es engendro de las asambleas, cuando pasa de hecho á ser cubierto el polvo de los archivos. ¡Qué curiosa é instructiva estadística no podría hacerse de las leyes... no aplicadas!

Y hay en este punto un aspecto de la cuestión que Longo no ha tratado, y que, sin embargo, tiene importancia especial para el derecho constitucional ó político. No haré más que indicarlo. La negación ó la oposición del legislador á dar eficacia a la costumbre, y más aun, á reconocérsela y consagrársela, ¿no es, no puede ser uno de los motivos más explicables, cuando no una de las justificaciones más completas, de los movimientos revolucionarios?

Longo se detiene en el capítulo que examino con especial cuidado, á examinar el valor que tiene y el alcance que debe darse á las disposiciones que suelen contener los Códigos civiles, contrarias á la eficacia positiva de la costumbre. No puede negarse que en este punto la opinión corriente parece ser muy contraria á la que acabamos de emitir. «Domina en el derecho privado la creencia, según la que los Códigos modernos han excluído el derecho consuetudinario, salvo en aquellos casos en que los mismos Códigos aluden

Digitized by Google

á él.» Pero hay que saber interpretar rectamente el derecho, y sobre todo, explicarlo. Los Códigos que, después de todo, responden principalmente á una necesidad de orden, de claridad, de método en la aplicación del derecho, refiérense en las disposiciones contrarias al imperio de la costumbre, no á su eficacia modificativa, á su influjo lento en el campo amplísimo que queda siempre entre los *intersticios* que deja el articulado del Código más perfecto y previsor, sino á la aplicación de las reglas jurídicas en los conflictos judiciales, refiérense á los mismos poderes oficiales que, como el legislativo, deben obrar dentro de la esfera de los supuestos jurídicos reflexivos sentados por la ley.

Capítulo III.—Trata aquí de la *Importancia específica de la costumbre en el derecho público en general.* Hállase muy bien señalada en una de las esferas *necesarias* de la costumbre, en el derecho constitucional, rama del público. La ley, razona Longo, es superior á la costumbre por su claridad y fijeza, por entrañar más garantías. Ahora bien; esa claridad, esa fijeza, que se buscan como un resultado conveniente y útil, en el derecho positivo, son en el derecho constitucional, en cierto campo al menos, inútiles, á veces inconvenientes y perjudiciales. «Afirmamos, en primer lugar, dice Longo, que no siempre es posible, en derecho público, formular claramente la regla de la ley... El ejemplo más notable nos lo ofrece la teoría del gobierno de Gabinete. Querer codificar las normas que regulan este instituto jurídico, es cosa que se puede declarar científicamente imposible... Si se quisiera decir: «el Rey nombra los Ministros, pero á condición de que gocen de la confianza del Parlamento», surgirían de seguro mil dificultades prácticas; «¿cómo se demostraría la confianza? ¿Debería ponerse el Rey siempre del lado del Parlamento? ¿No podría consultar al país? ¿Cuándo sí, y cuándo no?» ¿Y qué diremos de los partidos políticos, hasta hoy supuestos necesarios, del Gobierno parlamentario y representativo en general, y que sin embargo no tienen una existencia legal? ¿Cómo regular *a priori* el ejercicio de la inspección parlamentaria?

He ahí todo un campo abierto á lo que Dicey llama *convenciones constitucionales*, en realidad un campo en que hasta hoy al menos y sin perjuicio de lo que una lenta elaboración histórica pueda conseguir, reina sin límites *legales* y *contra las leyes* la costumbre.

Longo opina en definitiva que, en general, tanto en el derecho constitucional como en el derecho administrativo, no siempre es lo más conveniente, lo más claro y prefijado, y que á las condiciones especiales de estas ramas se acomoda mejor, que la *rigidez* legal, la *flexibilidad* consuetudinaria.

Capítulo IV.—Relaciones entre las costumbres y la opinión pública. Es el estudio que comprende este capítulo, complementario del que el tema exige en general. En efecto, tratándose de la costumbre en el derecho público, y especialmente en el constitucional y administrativo, era necesario determi-

Digitized by Google

nar los dos conceptos, muy análogos y á veces confundidos de la costumbres— medio ó fuente del derecho y de la opinión pública—medio de expresión de la voluntad y del sentir colectivos. Longo procede en este punto con gran método. Señala en primer término la analogía entre una y otra, y luego fija las diferencias.

Analogías: hay una fundamental y de gran transcendencia en la de origen. La opinión pública y la costumbre tienen un origen común: ambas son manifestaciones del espíritu popular, ambas descansan en la común conciencia de los pueblos, ambas son fenómenos del espíritu colectivo.

Diferencias: son varias, aunque, en mi concepto, no tan radicales como Longo piensa.

Helas aquí: 1.ª Por razón de la *espontaneidad*. La costumbre se produce mediante un proceso *espontáneo* (tranquilo, diría yo), paulatino; váse de lo preconsciente á lo consciente. En la opinión pública no se ofrece la espontaneidad de ese modo: es un proceso más consciente, más violento, más movido.

2.ª Por razón de la *especialidad*. La costumbre supone todo el patrimonio jurídico de un pueblo dado. La opinión pública se concreta sobre cuestiones precisas, y es tanto más eficaz, cuanto más precisas son éstas.

3.ª Por razón del *elemento objetivo que las informa*. La opinión pública está determinada en gran parte por las luchas de los partidos: es el resultado de una lucha y de una composición. La costumbre tiene siempre un procedimiento objetivo más cierto y directo.

4.ª La opinión pública muda, varía, es inestable; la costumbre, aunque sujeta á la evolución general jurídica, se presenta estable, fija, *tenaciter servata*, como decían los romanos. En términos rectificables sin duda, puede afirmarse que la primera tiende á ser *liberal*, y la segunda *conservadora*.

Según Longo, «podría decirse que la costumbre representa la voz de la conciencia popular en la vida jurídica; la opinión pública en la vida política». Ambas, á pesar de la diferencia indicada, están llamadas á completarse, sobre todo en ciertos momentos.

Capítulo V.—Como el anterior, es también complementario, pero de otro modo: desde el punto de vista de la enseñanza histórica. Trata de la *Costumbre en el derecho público inglés*, y viene en el cuerpo del estudio á salvar la deficiencia notada en la introducción. No voy á detenerme en extractar todo lo que Longo dice acerca de la constitución inglesa. Es bastante completo el análisis crítico del concepto difícil de determinar de las fuentes del derecho inglés, sobre todo de las dos principales que los jurisconsultos admiten, á saber, el *Common Law* y el *Statury Law*. Sólo encuentro que el autor examina el asunto más como jurista, que como político; así es extraño que no investigue, como el caso lo exigía, el significado y alcance de las distintas fuentes del derecho verdaderamente constitucional, ya según la división de Dicey, *Derecho constitucional* propiamente dicho y *Convenciones* y *práctica constituciona-*

Digitized by Google

les, ya según la clasificación de Boutmy, *tratados, cuasitratados, pactos, estatutos (ordinarios y extraordinarios)*, y *Common Law*.

Realmente una investigación del valor real y práctico del derecho consuetudinario en la Constitución inglesa, sirve como ninguna otra para poner en claro los problemas que el Sr. Longo trata de resolver.

Hasta aquí el estudio de que nos ocupamos refiérese en general al Derecho público. Los dos capítulos restantes tratan especialmente de dos de sus ramas más importantes, en esta forma:

Capítulo VI.—De la costumbre en el Derecho constitucional:

1.° *En general.* Empieza, ante todo, por determinar los precedentes históricos, señalando de qué manera se forma el derecho constitucional en el siglo XIX y en las Cartas, y cómo á pesar de su contextura legal, expresa, solemne, origina el derecho consuetudinario. Alude luego el Sr. Longo al nexo que existe entre la cuestión del Derecho consuetudinario y la distinción ante el poder constituyente y el poder constituído, examinando de paso si el juramento de la Constitución excluye la costumbre, y terminando estas consideraciones generales con una interesante indicación relativa á la amplia esfera en que la costumbre se manifiesta en las Constituciones escritas, y á la tendencia reinante en Italia, y según la cual, el Estatuto debe ser reformado sin acudir á la apertura de períodos constituyentes de radical discusión, sino por medio de correcciones, determinaciones é integraciones bajo forma consuetudinaria.

2.° *De la costumbre en el derecho constitucional italiano.* No trata el asunto en toda su extensión, sino en cierto número de ejemplos típicos; pero así y todo, es el estudio de excepcional interés, porque siendo muy dominante el criterio comparativo, en virtud del cual se oponen, de un lado, la constitución inglesa como representación específica del derecho consuetudinario, y del otro las del continente que se inspiran en el modelo escrito y razonado de Francia, cualquier intento demostrativo del valor que la costumbre tiene en estas últimas, es plausible y aprovechable.

Longo señala en este capítulo, primeramente, la costumbre derogativa, y hace notar cómo ha caído en desuso algún artículo de la Constitución italiana referente á ciertas intervenciones de la Iglesia en la vida política. Luego explica cómo el Gobierno de Gabinete en Italia (como en casi todas partes), no surge hecho y completo del Estatuto, sino de la costumbre, afirmando y probando que la forma parlamentaria se funda sobre la costumbre casi por completo.

Capítulo VII.—De la costumbre en derecho administrativo:

1.° *En general.* He aquí los principales puntos que comprende: 1.°, opiniones de Meucci, Persico, Geneist, los cuales admiten, como muchos otros tratadistas, la costumbre como fuente del derecho administrativo; 2.°, importancia grandísima que la costumbre debe tener en el derecho administrativo, á pe-

Digitized by Google

sar de la falta de largas tradiciones directas. Al pronto parece, en efecto, imposible señalar costumbre en un derecho, que, salvo en Inglaterra, es de moderna formación y que se está *haciendo* ante nuestra vista en leyes y reglamentos. Pero esto no importa, como no importa su instabilidad exajerada, provocada por las condiciones generales de la vida contemporánea. Antes estimulando la acción decidida de la opinión pública, prepara el campo en donde la costumbre debe ir produciéndose. Esto aparte de que no será difícil (añadiré por mi propia cuenta) determinar en el conjunto de la organización y de las prácticas administrativas, el carácter tradicional consuetudinario de cada derecho administrativo, en virtud del cual éste es más ó menos centralizado, más ó menos perfecto y hasta más ó menos rutinario; 3.°, las prácticas y las costumbres administrativas. Problema interesante la comparación de estos dos elementos (ó uno solo quizá) del derecho administrativo. El autor, inspirándose en la doctrina de Gerber, establece distinciones entre unas y otras. Las prácticas, son elemento precioso de la costumbre; pero no la costumbre misma, cuando no entrañan en el fondo normas jurídicas admitidas por la conciencia popular; y 4.°, indicación sumarísima de un punto que bien requería mayor desarrollo, á saber: la autonomía y la formación consuetudinaria del derecho administrativo.

2.° *La costumbre en el derecho administrativo italiano.* Como en el caso del derecho constitucional, contrae su atención el autor á varias cuestiones, que son: 1.ª, la costumbre derogativa, señalando leyes no aplicables, como, por ejemplo, la de instrucción obligatoria; 2.ª, la costumbre *introductiva* que obra, a) determinando normas complementarias, implícitamente contenidas en las leyes; b) transformando la forma de una institución jurídica; c) limitando la acción del poder central; 3.ª, determinación de ciertos institutos destinados á la elaboración de las costumbres, y 4.ª, examen de algunas costumbres antiguas actualmente aplicables.

Tal es el amplio programa desarrollado con gran erudición y con gran claridad por el distinguido publicista italiano.

II.

La gran amplitud que he creído oportuno dar al interesante trabajo de Longo, me impide detenerme tanto como yo quisiera á examinar otros trabajos contenidos en los dos últimos números recibidos del *Archivio de diritto pubblico*. Merecen mención especial varios de entre ellos.

Citaré en primer término un largo estudio del Sr. La Via-Bonelli sobre *Cuestiones sistemáticas del derecho administrativo*. Es uno de los muchos que en Italia se publican acerca de esta rama jurídica; hoy en plena elaboración científica, sobre todo en aquel país, que sigue en este, como en muchos puntos, la corriente de la moda dominante en Alemania, donde también

Digitized by Google

se trabaja mucho por sistematizar las ciencias jurídico-administrativas. Las *cuestiones* que comprende el trabajo del Sr. La Via-Bonelli son las siguientes: 1.ª, una *introducción* encaminada á demostrar la necesidad de sistematizar los conocimientos reinantes en punto á los asuntos administrativos. 2.ª La determinación de lo que él llama *Momento genético del derecho administrativo*, y que viene á ser un ensayo de definición de aquel instante de la vida política, al cual corresponde el verdadero concepto, tanto de la administración, como el del derecho administrativo. El autor no rompe gran cosa con los moldes corrientes. El supuesto implícito de que parte, supuesto á mi ver erróneo, como he demostrado en otro sitio (1), es la confusión de lo administrativo y de lo político, ó, más concretamente, de la función ejecutivo-política y la función administrativa. Así define la administración diciendo: «la acción *efectiva* del Estado dirigida á la realización de sus fines», esto es, el lado práctico del Estado. No es este momento á propósito para discutir, pero esa función á que se alude es, después de todo, la *función toda* del Estado, en acción, y eso en rigor no es administrar, como no es administrar en la vida individual ó doméstica cumplir los fines; sino tan solo ordenar los medios de carácter principalmente económico para que luego el sujeto los tenga á mano, y cumpla adecuadamente los fines. La idea de la administración en el Estado exige sin duda una previa definición de las direcciones de la actividad como actividad *política:* del Estado para los fines y actividad *administrativa:* del Estado para cuidar del propio organismo con que cumple los fines, y 3.ª; *Naturaleza y fundamento jurídico del derecho administrativo social.* Hállase inspirada esta parte del trabajo en la enseñanza del libro de Orlando sobre *Principios de derecho administrativo*, y según la tendencia señalada por la más alta autoridad moderna en la materia, por Stein. He aquí como define el derecho administrativo social nuestro autor: «sistema relativo al orden *jurídico* de la materia administrativa», como la ciencia de la administración social «es el sistema relativo al orden *social* de la materia administrativa», y como ésta abarca aquél, tiene diferentes direcciones en la actividad en el Estado, á saber: actividad física y antropológica, actividad económica, y actividad moral pedagógica é intelectual, ó bien, en una sola palabra: espiritual.

III

Otro trabajo que merece especial mención, es una *Nota* del profesor Orlando, que intitula *Derecho y Política*, y en la cual examina el distinguido director del *Archivio* un estudio del Sr. Combotheera sobre el «concepto del derecho y de la política». Es un ensayo más para fijar en primer término la

(1) V. el *Derecho administrativo* de Meyer y Posada (tomo I), y la *Administración política y social*, por Posada.

Digitized by Google

terminología harto vaga, indefinida y confusa de la ciencia política, especialmente el significado propio de las dos expresiones á que alude el título, y además para señalar el carácter esencial y necesariamente *jurídico* de la política, según esta exacta conclusión que el autor sienta: supuesto que «el *derecho* es (naturalmente) una ciencia *jurídica*, tiene que serlo siempre, llámese derecho *civil* ó llámese derecho *constitucional*.» Conclusión que parece contener una verdad de Pero Grullo, pero que, á pesar de eso... anda muy lejos de ser admitida, teóricamente no diré, pero sí prácticamente por la generalidad de los políticos al uso.

De otros trabajos del *Archivio* y de los de otras revistas extranjeras, hablaré con detenimiento otro día, pues si hoy lo hiciera, me vería precisado á dedicarles muy poco espacio.

ADOLFO POSADA,
Catedrático de Derecho político y administrativo
de la Universidad de Oviedo.

Digitized by Google

NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS *

Instituciones de Derecho mercantil, por *D. Pedro Estasén*, Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona.—Tomo 4.º Parte legislativa.—Madrid, Imprenta de la REVISTA DE LEGISLACION, 1893; un vol. en 8.º d. m., págs. 564.

Desenvolvimiento la obra del Sr. Estasén de un vasto plan (1), que comprende la exposición sistemática del Derecho mercantil é industrial español y extranjero, en sus dos fases, histórica y doctrinal, nada tiene de extraño que la parte dedicada al estudio de la *legislación y jurisprudencia mercantil de España* haya tomado mayores proporciones que las calculadas y ofrecidas por su autor en 1890, al dar comienzo á tan interesante publicación. Un solo volumen (el 2.º) estaba dedicado á la exposición crítica del derecho comercial de España, y sin èmbargo, van ya publicados tres (2.º, 3.º y 4.º) sin que haya sido agotada la materia. El tomo 4.º, que motiva esta sumarísima noticia, se contrae al estudio de los documentos de crédito y de cambio, á la orden y al portador *(letras, libranzas, pagarés, cheques, cartas órdenes de crédito y billetes de Banco)*, del contrato de *concesión de línea férrea*, y del derecho marítimo *(buques, personas que intervienen en el comercio marítimo, fletamento, préstamo á la gruesa, seguros, averías, arribadas forzosas, naufragios, abordajes y salvamento y asistencia)*. La falta que notamos en este cuadro general del derecho marítimo, de un capítulo dedicado á la *hipoteca naval*, se explica fácilmente cuando escribimos estas líneas, aun recordando que está pendiente de aprobación en el Congreso el proyecto de ley acerca de esta interesante institución, y no dudamos que su estudio ha de merecer las preferentes atenciones del autor, y ha de tener completo desenvolvimiento en el próximo volumen.

En esta exposición, el Sr. Estasén se manifiesta gran conocedor de nues-

---

* De todas las obras jurídicas que se nos remitan dos ejemplares, haremos un juicio crítico en esta Sección de la REVISTA. De las que versen sobre otras materias, pondremos un anuncio en la cubierta de las entregas.

(1) Véanse los tomos 78, pág. 100; 79, pág. 616, y 81, pág. 460 de la REVISTA.

Digitized by Google

tro derecho positivo, y hace alarde de sus muchas y provechosas lecturas. Presenta la doctrina legal del antiguo Código de 1829 y del Código vigente, íntimamente unida á las declaraciones y decisiones de nuestra jurisprudencia; recoge cuidadosamente los dispersos elementos de nuestra legislación administrativa que se relacionan con las instituciones del derecho mercantil privado, colocándolos en el puesto y lugar que les corresponde; formula con claridad y soluciona con imparcial y atinado criterio las más importantes cuestiones prácticas, y por último, da muestras á cada momento de su erudición con numerosas indicaciones bibliográficas.

Bajo ese aspecto, el trabajo del Sr. Estasén, de utilidad práctica indiscutible, es digno del mayor encomio.

***

Apuntes acerca dé los Tribunales de Comercio y su establecimiento en España, por *Pedro Gómez Chaix*.—Málaga, Poch y Creixell, 1893; un vol. en 4.º menor, págs. 148.

La cuestión tan debatida de la necesidad de Tribunales especiales para la solución de los conflictos jurídico-mercantiles ha inspirado á D. Pedro Gómez Chaix el opúsculo cuyo título encabeza estas líneas.

Después de fijar el *objeto de su estudio* y los términos en que la cuestión se ha planteado en España, encuentra el ilustrado profesor de Málaga el *fundamento jurídico* de los Tribunales de Comercio en el principio de *sustantividad* del derecho mercantil, señala los *orígenes históricos* de esa institución judicial, y después de un rápido bosquejo de legislación comparada, presenta como solución del problema el *Jurado mercantil*, investigando cuidadosamente las bases para su organización. Finalmente, en ocho *Apéndices* traslada diferentes documentos más ó menos relacionados con el establecimiento y organización de los referidos Tribunales.

Sin entrar á discutir los principios sentados, diremos tan sólo que al presentar y resolver esa concreta cuestión, el Sr. Gómez Chaix demuestra extensos conocimientos y erudición no escasa, y que el opúsculo salido de su pluma merece ser leído por cuantos en nuestra patria se dedican al estudio de los interesantes problemas jurídico-comerciales.

***

La société anonyme en droit allemand.—Étude systématique d'aprés la loi du 18 Juillet 1884, par *Félix M. Bing*, Docteur en Droit, Licencié en sciences sociales.—París, G. Pedone Lauriel, éditeur. Berlín, Carl Heymanns Verlag; 1892; un vol in 8.º d. m., págs. 416.

La ley reguladora del contrato de sociedad es la más variable de cuantas

Digitized by Google

constituyen, en su conjunto, el organismo del derecho mercantil, excepción hecha de la legislación referente á las *Quiebras* que, bajo este punto de vista, ocupa el primer puesto. ¡Tan grande es el número de las disposiciones legales que, ya parcial, ya totalmente, reforman el sistema general en cada caso adoptado!

Y esta variabilidad se concibe. Las cuestiones económico jurídicas que la Sociedad-contrato encierra, son múltiples y de difícil y delicada solución. El nacimiento de una nueva personalidad jurídica con nombre, capital, obligaciones y derechos propios, distintos de aquellos que los socios ostentan, requiere un período de verdadera gestación, más ó menos larga y complicada, según la naturaleza del ente jurídico colectivo que se va á crear, con propia individualidad interno-externa. Así es que ese período de *promoción* y *fundación*, simplicísimo y breve en las Sociedades de responsabilidad ilimitada *(colectoras)*, ofrece un amplio desenvolvimiento en las Sociedades de responsabilidad limitada *(anónimas)* ó mixta *(comanditarias)*.

Y una vez constituída la Sociedad, los problemas económico jurídicos se multiplican y surgen á cada paso, revistiendo en ocasiones una importancia extrema. Ya se trata de decidir cuál ha de ser en la vida de la Sociedad la acción del Estado, en nombre de un interés público mejor ó peor entendido; ya se intenta resolver armónicamente los conflictos entre la unidad de la gestión administrativa y la pluralidad de los socios; ya se pretende discernir cuál ha de ser la mejor salvaguardia ó garantía de los derechos de las minorías, atropellados por lo que pudiéramos llamar la brutalidad del número!...

Ahora bien: en la historia de la legislación comercial ocupa un lugar preferente la ley alemana de 18 de Julio de 1884, acerca de las Sociedades comanditarias, por acciones y anónimas *(Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften)*, que sustituyó á la ley de 11 de Junio de 1870, modificadora en este punto del Código de Comercio de 1861.

Si el libertar, en general, á las Sociedades constituídas por acciones de la enervante intervención del Estado por medio de una autorización previa que nada garantiza y una vigilancia gubernamental totalmente inútil y perjudicial en el mayor número de los casos, y el fundir en una vida legal común las Sociedades civiles y las mercantiles, fueron los dos grandes principios que presidieron la reforma del Código alemán, operada por la ley de 1870; la de 18 de Julio de 1884 trató de afirmar, con sólidas bases, el organismo de las Sociedades, reglamentando cuidadosamente el crítico período de su constitución, de fijar los límites de las respectivas funciones de los distintos órganos sociales, de estrechar los vínculos entre la Sociedad y los accionistas, para que éstos tengan una participación más activa en los asuntos sociales, y finalmente, de dar más amplitud á la responsabilidad civil, reforzándola con severas disposiciones penales.

Estas someras indicaciones bastan para hacer resaltar la gran importan-

Digitized by Google

cia de esta ley, que vino á responder á las excitaciones de la opinión, hondamente perturbada por el *Krach* producido por los abusos de los fundadores de Sociedades.

Su estudio ha engendrado en Alemania numerosos comentarios y su texto se ha vulgarizado en las naciones latinas merced á dos versiones publicadas el mismo año (1885; la italiana, de Vitalevi, incluída en el volumen 2.° de la *Rassegna di Diritto commerciale*, y la española, de Lorenzo Benito y Rafael Gracia, que forma parte del tomo 2.° de la *Colección de las Instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*. Mas, en realidad, careciamos de un estudio monográfico que expusiera sistemáticamente la doctrina legal, y aun en la misma Alemania había necesidad de recurrir á los trabajos de los comentaristas ó á los Tratados generales de Derecho mercantil.

Un distinguido jurisconsulto ginebrino, M. Felix M. Bing, ya ventajosamente conocido por su bien escrito estudio de Legislación comparada, *La Société anonyme en droit italien* (París-Genève, 1887), ha conseguido llenar ese vacío y dotar á la literatura francesa de una traducción del texto alemán, de que antes carecía.

Concrétase M. Bing al estudio de la Sociedad anónima, dejando á un lado las especialidades de la comanditaria por acciones, por ser ésta una forma de asociación muy poco entendida en Alemania, y hace preceder su exposición sistemática de una breve é importante *Introducción*, en la que traza á grandes rasgos la historia de la legislación acerca de las Sociedades mercantiles en Alemania durante el presente siglo, señalando las causas económico-jurídicas que produjeron la ley de 1884, indicando las principales reformas que introdujo y presentando un cuadro exacto y bastante detallado de los efectos causados, por su aplicación, en la vida comercial del Imperio. El estudio sistemático que constituye el cuerpo de la obra, es completo: después de exponer en sencillísimos términos el concepto de las diferentes clases de Sociedades *(de responsabilidad ilimitada, limitada y mixta, civiles y comerciales, nacionales y extranjeras)*, y fijado ya el objeto especial de su trabajo, *(la Sociedad anónima en el derecho alemán)*, trata sucesivamente de la *Constitución de la Sociedad*, del *Capital social*, del *Balance*, de la *Asamblea general*, del *Consejo de vigilancia*, de la *Disolución*, de la *Fusión*, de la *Legislación* y de las *Disposiciones penales*. Finalmente, como *Apéndice* incluye el *texto alemán* de los artículos de la ley de 1884 que se relacionan con las Sociedades anónimas, así como el de otras disposiciones á que la misma ley se refiere, y una *lista de las obras consultadas*, que constituye un cuadro bastante completo de la bibliografía alemana acerca de la materia.

La exposición reune hermosas condiciones: en estilo sencillo y con claridad y concisión admirables, se presentan las principales cuestiones económico-jurídicas que el estudio de la ley engendra y se resuelven con recto y elevado criterio, acudiendo, ya á la *Exposición de motivos* y á las decisiones

Digitized by Google

de la jurisprudencia, ó ya á los principios generales de doctrina y á las obras de los principales tratadistas.

De sentir es que por una diferencia de pocos meses (de Enero á Abril) haya precedido la publicación de esta notable monografía á la promulgación de la nueva ley alemana acerca de las Sociedades de responsabilidad limitada de 20 de Abril de 1892; pero nos consuela la idea que M. Bing tendrá necesidad, muy en breve, de emprender una nueva edición de su obra, en la que comprenda y estudie esas últimas disposiciones legales.

Congrès international de Droit maritime a Gênes.—Relation de la Commission pour les averies et le connaissement.—Gênes, Pagano frères, 1892, págs. 48.

Los Congresos internacionales son indudablemente uno de los más enérgicos medios que la tendencia á la uniformidad de las legislaciones mercantiles, especialmente de la marítima, ha puesto en contribución para conseguir ese ideal de unidad que con tanto amor y tesón persigue nuestro siglo, y dentro del cual pueden perfectamente desenvolver su rica variedad los particularismos nacionales. En el Congreso internacional de Derecho marítimo celebrado en Génova en 1892, una subcomisión, compuesta de los Sres. Rebora, Ghio, Pescetto y Pertusio, y presidida por su ponente el ilustre abogado genovés Francisco Berlingieri, estuvo encargada de proponer una fórmula internacional de *conocimiento* que contuviera reglas uniformes para regular las *averías comunes*. El trabajo presentado por la Comisión es el que motiva esta brevísima nota crítica.

Siguiendo esa dirección esencialmente práctica, que debe ser la norma suprema de los Congresos jurídico-comerciales, la Comisión tomó como base de su trabajo el resultado de Congresos anteriores, y con prudencia y discreción dignas de todo elogio, se limitó á proponer algunas importantes modificaciones y adiciones á las XVIII Reglas de York y de Amberes, discutidas y aprobadas en el último Congreso de la *Association for the reform and codification of the Law of Nations*, celebrada en Liverpool en Agosto de 1890, y á la fórmula de *conocimiento* y XVII Reglas adoptadas en el Congreso de Hamburgo en Mayo de 1886, por las Cámaras de Comercio de la ciudad de Brema y la Asociación de armadores de dichos puertos.

La *Relation* comprende el texto de las referidas Reglas y fórmula de conocimiento, y de las modificaciones y adiciones propuestas por la Comisión, precedidas éstas de un razonamiento breve, sencillo y nutrido de interesantes consideraciones económico-jurídicas.

No es nuestro propósito, ni nos lo permite la índole de estas indicaciones

Digitized by Google

bibliográficas, seguir paso á paso la citada exposición de motivos, criticando y juzgando las soluciones que en cada caso se proponen; basta á nuestro objeto dejar aquí consignado que, en general, esas modificaciones y adiciones responden, ya á razones de justicia, ya á exigencias de la práctica, y que ofrecen en su conjunto una amplia base que deben tener presente nuestros legisladores, ahora que tanto se discute una inminente reforma de nuestro Código de Comercio.

***

Aw. Conrado Biondi.—Del concordato amichevole.—Studio di Diritto Commerciale.—Napoli, Giannini e Figli, 1891; un vol. in 8.º d. m., págs. 159.

La absoluta falta de criterio que presidió la formación de nuestro desdichado Código de Comercio vigente, ha sido causa—por lo que á la materia de quiebras respecta—de la confusión de doctrinas que ha engendrado los ya famosos artículos 870-873, amparo de todo comerciante de mala fe y burla completa de los más sagrados intereses y derechos. El clamoreo de la opinión se ha dejado oir por todas partes y se ha traducido en proposiciones de ley, encontrando en mi querido amigo D. Francisco Lastres el más decidido campeón de tan justa causa. Pero, á mi modo de ver, pudiera mejorarse en algunos puntos la anunciada reforma, y para ello deberíamos utilizar los resultados de la experiencia en otras naciones y estudiar cuidadosamente la *moratoria* italiana, el *sursis de payement* y el *concordat préventif* belgas, el *bénéfice de la liquidation judiciaire* francés, la *Composition or Scheme of Arrangement* inglesa, etc.

Una obrita italiana primosamente hecha, un precioso opúsculo del ilustre abogado napolitano Conrado Biondi, ya conocido por anteriores estudios acerca del derecho relativo á las quiebras *(Il fallimento nel tempo e nello spazio. L'art. 709 del Codice di Commercio. Gli art. 839 ed 861 del Cod. di Com. Della bonorum venditio)*, es la causa ocasional de estas indicaciones, que á primera vista pudieran ser tachadas de inoportunas, por no ser éste el lugar que las corresponde. Pero en ese opúsculo de Biondi *Del concordato amichevole*, pueden encontrar los mercantilistas españoles que hoy discuten con afán la reforma de los artículos 870-873 de nuestro Código, inestimables elementos de doctrina, y hacer fructuosísima la revisión intentada, leyendo y meditando las inspiradas líneas del jurisconsulto italiano, y aprovechando los estudios de legislación comparada que en ellas se contienen.

Después de fijar los términos de la cuestión, presentando en la práctica los acuerdos del deudor comerciante y sus acreedores para conjurar la declaración de quiebra, Conrado Biondi traza á grandes rasgos un interesante bosquejo histórico, insertando textos tan importantes como son, entre otros,

Digitized by Google

el de la ley francesa de 4 de Marzo de 1889, modificada en 4 de Abril de 1890, y el de la ley belga de 20 de Junio de 1883, convertida de provisional en definitiva el 30 de Junio de 1887, y después de determinar el concepto del *Convenio*, le estudia en sus diferentes formas, distinguiendo el *amistoso* del *judicial* y del que es producto de la *moratoria*, para en seguida penetrar con paso firme y seguro en el examen detenido y circunstanciado de los elementos esenciales de ese *convenio amistoso* y de sus efectos, en relación con las diversas fases de la quiebra, analizando y discutiendo las prescripciones legales, las decisiones de la jurisprudencia y la doctrina de los jurisconsultos.

Tal es el opúsculo con que Conrado Biondi ha enriquecido la ya grandiosa literatura jurídico-comercial de la moderna Italia.

RAFAEL DE UREÑA Y SMENJAUD,
Catedrático de Literatura jurídica en la Universidad Central.

La movilización de la propiedad.—*El acta de Torrens.*—Estudio sobre las formas principales que en su desarrollo ha adoptado el problema de la movilización de la propiedad territorial, por *Antonio Gallardo y Martínez,* Ex Oficial por oposición de la Secretaría del Senado, Doctor por oposición en Derecho civil y canónico, Profesor de la Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, y Notario por oposición de Barcelona.—Un folleto de 197 págs. en 4.º

Con el título que dejamos apuntado ha escrito un notable folleto el señor Gallardo Martínez, en el que plantea de una manera clara y erudita el problema, hoy importantísimo, de la movilización de la propiedad inmueble, y que absorbe la atención del mundo jurídico.

Excusado es enumerar las dificultades de todos conocidas con que tropieza el crédito territorial: son tales, que en vano transcurren años y años sin que consiga obtener el desarrollo que era de esperar obtuviera en nuestro país, esencialmente agrícola, el crédito territorial, y no hemos de mencionar esas causas por ser ajenas á esta nota bibliográfica. Búscase como remedio á esas dificultades, entre otras, el movilizar la propiedad inmueble, y como medio de obtener este fin se estudia detenida y concienzudamente el Acta de Torrens. Consagrada la mayor parte del folleto á ese estudio, le precede como antecedente el origen y desarrollo de la movilización, el estudio del sistema de Law, las *lanschaften*, los *asignados* de la Revolución francesa, los *Handfesten*, los *Grandsfesten*, entrando después de lleno en el estudio del Acta de Torrens, deteniéndose el autor en una minuciosa explicación de dicha Acta, organización del registro, actos y contratos que en el mismo se inscriben, eficacia de las inscripciones, y en general, da una idea detallada de dicha organización de la propiedad inmueble, terminando con dos capítulos, á nuestro

Digitized by Google

entender, de gran importancia, y que pone de manifiesto los vastos conocimientos jurídicos del autor acerca del juicio crítico del Acta de Torrens y del problema de la civilización, completando el libro valiosísimas notas que aclaran el estudio. En una palabra, es el folleto que examinamos libro de gran importancia jurídica, que expone con claridad y precisión el arduo problema de la organización de la propiedad, y que será leído y estudiado con avidez por los que á esta clase de estudios se dedican, por lo que felicitamos muy de veras al autor.

RAFAEL RAMOS,
Registrador de la propiedad.

Etude sur le projet de loi autrichien concernant le droit d'auteur, por *George Maillard.*—1 folleto. París, 1893.

Constituye este folleto un estudio publicado antes en el *Bulletin de la Société de Législation comparée*, que es una exposición crítica muy interesante del proyecto de ley á que su título se refiere. Empieza el Sr. Maillard por dar una idea ligera, pero muy exacta, del estado de la cuestión, ó sea de las corrientes dominantes en punto á la propiedad literaria y artística, haciendo notar los motivos por los cuales se discute tanto acerca de ella, indicando luego las leyes diferentes hoy en vigor en todos los países civilizados.

Hecho esto, como á modo de introducción, el autor extracta con gran detenimiento el preámbulo y comentario que acompaña al proyecto de ley, entrando luego á exponer y criticar el contenido dispositivo del mismo. El juicio que en definitiva le merece al autor del folleto el proyecto de ley austriaco, es favorable. Hace ciertamente algunas reservas y hasta llega á conceptuar la ley que del proyecto resulte en su día, como de transición; pero á pesar de esto, la considera como un gran paso dado en el camino de la verdadera protección nacional é internacional de los derechos de autor.

ADOLFO POSADA,
Catedrático de la Universidad de Oviedo.

Dictamen de la Comisión nombrada por el Congreso en la proposición de ley relativa á suspensión de pagos y quiebras, por el *Excmo. señor D. Francisco Lastres, Diputado á Cortes.*—1893.

En un elegante folleto, y precedida de concienzudo dictamen, se ha publicado la proposición de ley redactada por el Sr. Lastres, reformando el Código de Comercio y la ley de Enjuiciamiento civil, y estableciendo un procedimiento adecuado á la suspensión de pagos. Presentado dicho proyecto de

Digitized by Google

ley al Congreso en 12 de Junio último, habrá de ser reconocida de modo unánime la necesidad de la urgente reforma de los arts. 870 y 873 del Código mercantil, que permiten hoy la conversión en un expediente de quita y espera, de otros recursos cuyos fines son á la verdad bien distintos. Los abusos de comerciantes de mala fe, frecuentemente amparados á la sombra del Código de Comercio, reclaman una pronta y eficaz medida legislativa en los términos propuestos en el discretísimo trabajo del Sr. Lastres.

⁂

Folletos y Revistas.

El conocido jurisconsulto, autor de la obra de Derecho mercantil que actualmente publica la casa editorial de esta REVISTA, acaba de dar á luz un interesante folleto sobre el espíritu que habrá de presidir á la formación de un Código industrial. Dicho importante tema, elegido por el Sr. Estasén para su discurso de recepción en la Academia de Derecho de Barcelona, ha sido desárrollado con suma lucidez por el nuevo académico, y constituye una notable monografía, cuya lectura recomendamos á los aficionados á esta clase de estudios.

—*Sentencia y voto reservado recaídos en la causa ante la Audiencia de la Habana, en la causa por muerte de D. Antonio Casademunt. Recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia,* redactado por el *Excmo. Sr. D. Francisco Lastres.*—1893.

La sentencia dictada en esta célebre causa en 22 de Febrero último, condenando á la última pena á los procesados Florentino Villa, Alberto Hernández y Ricardo Fernández, lo propio que el voto reservado, entendiendo el Magistrado que lo suscribe debe ser impuesta al Florentino Villa la pena de cadena perpétua, son dos documentos jurídicos que honran, por la detenida meditacion de sus puntos de derecho, á los dignos Magistrados de la Audiencia de la Habana. En cuanto al recurso de casación redactado por el Sr. Lastres, el merecido crédito de dicho Letrado nos excusa de todo elogio, no por nuestro silencio menos justificado y merecido.

— *Proceso ante el Jurado de Bogotá contra Alejando Flórez.*—Discurso del Sr. Fiscal Dr. Antonio W. Robayo, 1893.

Con motivo de tan importante proceso, el Fiscal Robayo pronunció ante el Tribunal del Jurado un elocuente y concienzudo informe, que ha visto la luz en un folleto de 150 páginas. Es un trabajo que demuestra, aparte de un muy detenido estudio del proceso, grandes conocimientos jurídicos en el Jefe del Ministerio público del Tribunal de Bogotá.

⁂

Digitized by Google

Revistas americanas de Derecho y Legislación.

Continúa, tanto en la América española como en las Repúblicas latinas, el vigoroso movimiento jurídico que honra á los que siempre serán nuestros cariñosos hermanos del otro lado del Atlántico. Desde 1.° de Junio último se publica en la Habana *La Revista del Foro*, cuyo primer número contiene interesantes trabajos de los Sres. Dolz, Fonts y Sterling, Montoro y González Lanuza.

También, y con el mayor éxito, continúa en la República del Salvador publicándose la acreditada *Revista judicial*, órgano de la Suprema Corte de Justicia.

***

La rabassa morta y el desahucio aplicado á la misma, por *D. Victorino Santamaría*.—Libro de XXV-425 págs., premiado con medalla de oro; 2.ª edición; Madrid-Barcelona, 1893; precio, 6 pesetas.

La institución de la *rabassa morta*, como las de la enfiteusis, los foros y los subforos, responde á la necesidad de desenvolver la riqueza territorial, ideando formas adecuadas al más fácil cultivo de la tierra cuando el señor directo no puede, por especialísimas circunstancias, aprovecharse de sus productos, obteniendo en cambio una renta que compensa la cesión de cierta parte de los derechos dominicales. Arrendamientos en su origen, la especie de perpetuidad de su duración concluyó, en la historia del derecho, por revestir á aquellos contratos de particularidades tales, que, como acontecía en los foros, la doctrina del antiguo Consejo Real llegó á prohibir el desahucio, creándose un estado jurídico de verdadera excepción al negarse á los dueños directos el lanzamiento de los foreros, no obstante hubiesen ganado ejecutoria en los Tribunales ordinarios.

Cosa parecida venía ocurriendo con los *rabasseres* en Cataluña, quienes habiendo adquirido el derecho á los frutos tan sólo durante la vida de las primeras cepas, ó introducían nuevos sarmientos que hacían indefinida la duración de las antiguas viñas, ó jamás creían llegado el caso de revertir al propietario la tierra que de modo temporal habían recibido para su cultivo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo acudió, como era lógico, á fijar la anormalidad de tal estado jurídico, determinando en cincuenta años la duración legal de las primeras cepas; pero la propulgación del Código civil, que respetaba la *rabassa morta* (art. 1656) y admitía, á falta de pacto expreso ó de otras circunstancias, ese plazo de cincuenta años, hacía muy oportuna la publicación de un estudio crítico que resolviese las cuestiones que en la práctica continuaban suscitándose.

El Sr. Santamaría, autor de diversas obras jurídicas—entre las cuales, la

Digitized by Google

referente al *Desahucio en el estado actual del Derecho civil*, guarda íntima relación con la materia de los arrendamientos á grandes plazos—había ya en 1878 publicado la primera edición de la obra, que, agotada en brevísimo tiempo, ofrece hoy de nuevo á los jurisconsultos con el título que encabeza estas notas bibliográficas.

Después de presentar en ocho capítulos, que constituyen la primera parte, la historia y origen del contrato de *rabassa morta*, se estudia con profundo criterio jurídico dicho contrato ante el Código civil, marcando sus similitudes con los de aparcería y arrrendamiento, así como con la enfiteusis; analizándose con suma detención todas las particularidades de la *rabassa morta* en relación con el desahucio, é indicándose las reformas de este procedimiento judicial en los casos de precario ó incumplimiento de las condiciones estipuladas. Finalmente, en una tercera y última parte presenta el autor formularios muy prácticos, transcribiendo por vía de apéndice la doctrina hipotecaria según las Resoluciones de la Dirección de los Registros, y la que pudiéramos llamar jurisprudencia regional conforme á las sentencias de los Tribunales de Cataluña.

Estudiada, como lo hemos hecho, con el mayor detenimiento, la notable obra del Sr. Santamaría, no vacilamos en asegurar que con las adiciones y reformas hechas en esta segunda edición, resulta aquélla un completísimo estudio crítico-jurídico del original contrato conocido en el derecho catalán con el nombre de *rabassa morta*, y respetado, como ya se ha dicho, de modo expreso en nuestro Código civil vigente.

***

El juicio ejecutivo.—Comentarios al título 15, libro 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en Cuba y Puerto Rico, por *D. Ricardo Dolz y Arango.*—Obra premiada con medalla de oro por el Círculo de Abogados de la Habana; XX—314 págs.

Precedida de un prólogo del Director de esta REVISTA, Sr. Manresa, cuya competencia en materia procesal civil es por modo unánime reconocida, ha visto la luz de la publicidad en la Habana la notable monografía del Doctor Dolz, Profesor de aquella Universidad literaria. Es un estudio completo de cuantas cuestiones pueden surgir en el procedimiento ejecutivo, de reconocida utilidad para cuantos se dedican al noble ejercicio de la Abogacía; y en cuanto al prólogo que precede á la obra, razones excusables ante el buen juicio de nuestros lecteres nos vedan, con harto pesar nuestro, todo elogio, no por nuestro discreto silencio menos justo y merecido.

***

Digitized by Google

Tratado elemental del Derecho de obligaciones según el Código civil español, por *Julio Otero y Valentín*, con un prólogo del *Dr. D. Lorenzo de Prada;* volumen en 4.º, XVI—512 págs. Valladolid, 1893; 6 pesetas.

En esta obra, esencialmente didáctica y recomendable por la sencillez del estilo y la claridad del concepto, presenta el autor con adecuado y preciso método cuanto hace referencia al tratado en nuestro vigente Código civil del llamado Derecho de las obligaciones. Sin olvidar, en orden á la clasificación de los contratos, el inestimable precedente de la legislación romana, ofrece el Sr. Otero un cuadro original, después de estudiar las doctrinas de Rosmini y Kant. En ese cuadro se clasifican con acierto las obligaciones nacidas de los contratos en dos grandes grupos, fuente éstos á su vez de nuevas subdivisiones según el fin de los resultados ciertos ó previstos, ó de los imprevistos é inciertos, partiendo siempre del objeto de la contratación. En cuanto á las obligaciones nacidas sin convención, el autor reconoce como única razón de procedencia los actos lícitos ó los ilícitos capaces en sí mismos de producir el vínculo de derecho.

En suma: la idea de publicar monografías sobre materias especiales de nuestro Código civil, á que sin duda responde la obra del Sr. Otero, es altamente beneficiosa á la ciencia jurídica; monografías que, lo propio que las obras magistrales de comentarios al nuevo Código, revelan el innegable y bienhechor movimiento jurídico en nuestra patria al finalizar el siglo XIX.

P. GONZÁLEZ DEL ALBA,
Magistrado de la Audiencia territorial de Granada.

Francesco Nitti.—**Sul pagamento dei salari.—La insequestrabilità dei salari.** Roma, 1893.

Son dos opúsculos en que el Sr. Nitti razona la conveniencia de publicar en Italia, siguiendo el ejemplo de otros países civilizados, dos leyes, cuyos proyectos acompaña: una, prohibiendo, bajo amenaza de penas á los contraventores, lo que los ingleses llaman el *truck system*, ó sea, según lo define el autor, «aquel sistema mediante el cual se efectúa una retención del salario del obrero, bien pagando á éste en especie en lugar de pagarle en dinero, bien obligándole á comprar los géneros que necesita en una tienda determinada, á precios superiores á los del mercado, bien de alguna otra manera»; otra, declarando que los salarios de los obreros, de las personas de servicio y de los trabajadores en general, y los sueldos de empleados de la Administración pública ó de empresas particulares, cuando no pasen de cien liras al mes ó de mil doscientas al año, deben ser considerados como créditos privi-

Digitized by Google

legiados de la misma especie que otros de que trata el Código civil, y no podrán ser embargados sino en pequeñas cantidades, á saber: en la décima parte, los salarios que no excedan de dos liras al día y los sueldos que no pasen de cien liras al mes ó mil quinientas al año, y en la quinta parte, los salarios que no pasen de cinco liras diarias.

El gobierno italiano, al igual de los de otros países cultos, va poco á poco entrando por el camino de la legislación social y obrera, y al efecto tiene instituída, entre otras, una *Comisión consultiva para las instituciones de previsión y sobre el trabajo*, de la cual ha nombrado miembro al Sr. Nitti, cuya competencia en estas materias, igualmente que en todas las económicas y sociales, es generalmente reconocida dentro y fuera de Italia. Por encargo del Ministro, el Sr. Nitti ha tenido que informar ante la referida *comisión* acerca de los dos puntos sobre que se propone presentar á las Cámaras proyectos de ley, y este informe, con los correspondientes proyectos formulados por el autor, es lo que se contiene en los dos folletos que analizamos.

Aunque escritos, según advierte al principio de uno de ellos el propio Nitti, en pocos días, dan, sin embargo, excelente prueba de la solidez de criterio y cultura de su autor, y bien pudieran servir para que nuestros gobernantes se fijaran en ellos, y aprovechando sus indicaciones, procuraran introducir en España algunas de las muchas reformas sociales que reclama la conciencia pública contemporánea, y que poco á poco van penetrando en la legislación de todos los pueblos europeos.

***

Carlo d'Addosio.—**Il duello dei camorristi**; Napoli; Luigi Pierro, editore, 1893.—Un vol. de XVI 164 pág. 1,50 liras.

El autor del curioso libro *Bestie delinquenti*, de que ya hemos hablado en esta *Revista* (tomo 81, pág 439), acaba de dar á luz otro sobre el duelo de los *camorristas*, esto es, sobre una costumbre ó institución—llamémosla así—de la sociedad napolitana de gentes de mal vivir llamada la *Camorra*.

El asunto, por tanto, más bien que de interés general, es de puro interés local, ó cuando mucho, nacional.

Sin embargo, si se tiene en cuenta la gran semejanza que existe entre el tipo del *camorrista* y ciertos tipos de algunas de nuestras clases sociales (los *chulos*, los *guapos*, etc.), entre la vida y costumbres de unos y otros, y entre la *Camorra* y algunas sociedades de malhechores que entre nosotros existen (D'Addosio afirma que la *Camorra* napolitana ha sido de importación española, y que hasta sus estatutos están tomados de la sociedad de malhechores españoles llamada la *Guarduna*, introducida en Nápoles á la época de nuestra dominación); y si se tiene en cuenta, además, que las cuestiones jurídicas que se tratan en el último capítulo afectan á cualquiera y á todos los países,

Digitized by Google

bien podemos decir que el libro del Sr. D'Addosio tiene para nosotros los españoles quizá tanto interés histórico y actual como para los italianos, y que á los juristas, cualquiera que sea su nacionalidad, puede servirles para la resolución de ciertos problemas referentes al duelo y á la criminalidad de las diferentes personas que en él toman participación.

No obstante, debemos decir que en esta parte—que es el último capítulo del libro—el autor ha estado, á nuestro juicio, poco feliz, supuesto que resuelve la cuestión de la mayor ó menor responsabilidad de los duelistas y de sus acompañantes con un criterio que nos parece inaceptable, esto es, no por razón del *peligro* que para lo *futuro* ofrecen, sino en vista de la mayor ó menor *participación* que en el hecho hayan tenido, aunque en esta participación hayan entrado por mucho *circunstancias accidentales* que en nada modifiquen el grado de *perversidad* y *maldad* del agente.

La obra se compone de tres capítulos, en los cuales se ocupa el autor, respectivamente, del declaramiento *(dichiaramento)*, que es el duelo de los camorristas, en la *historia*, en las *partes* de que se compone, y ante el *derecho*.

PEDRO DORADO,
Catedrático de la Universidad de Salamanca.

Digitized by Google

PROBLEMAS DE DERECHO PENAL *

15. *a*) Es, en primer término, indudable que la doctrina de la filosofía jurídica acerca de las fuentes del derecho es favorable al movimiento á que hemos aludido. Contra el sentido formalista kantiano y rousseauniano, según el cual no había más derecho que lo que como tal hubiera declarado el Estado nacional, por medio de su órgano llamado *poder legislativo*, y el mismo pudiera hacer cumplir, por medio del órgano del *poder judicial*, viene, tiempo hace, realizándose por muy diferentes (al parecer al menos) conductos, una verdadera protesta, cuyos resultados han sido: 1.°, afirmar la existencia de una esfera jurídica autónoma en *toda* persona, y en lo tanto, la existencia de *muchos otros órdenes* de derecho que el orden de derecho *exterior coactivo* del Estado nacional; 2.°, afirmar que, en la propia esfera jurídica que al Estado nacional le corresponde regir, hay bastante más derecho que el derecho *legislado*; y que éste debe tener su *fuente* y raíz, no ya en la *voluntad* del legislador, sino en la *conciencia jurídica* del pueblo, ó mejor, del Estado, manifestada por todos los órganos por los cuales pueda manifestarse, es decir, manifestada tanto por medio de los poderes *oficiales* (poder legislativo—*ley*, poder judicial—*jurisprudencia)*, como por medio de todos los otros órga-

* Véase la página 449 y siguientes del tomo 82.

Digitized by Google

nos y poderes (si así pueden llamarse) del Estado *no oficial (costumbre, derecho científico, derecho natural*, etc.) (1).

De aquí que, á la antigua creencia, consignada en los tratadistas y en los Códigos, de que en estos últimos se hallaba y debía hallarse consignado *todo* el derecho, sin que fuera lícito acudir nunca, para administrar justicia, á más fuentes que á la ley, pues ésta es la única fórmula jurídica que conviene á los pueblos cultos, siendo la costumbre propia de sociedades nacientes ó atrasadas, haya venido á sustituir la de que la ley, por mucho que haga, no puede preverlo todo, y por tanto, que, en las materias *que no sean la penal*, los Tribunales están facultados y aun obligados á suplir las deficiencias ú oscuridad de las leyes por medio de las otras fuentes del derecho, esto es, ora por la costumbre, ora por los dictados científicos, ora por el derecho natural, ora por los principios generales del derecho (2).

---

(1) Véase sobre todo esto las diferentes obras jurídicas de D. Francisco Giner, y muy especialmente el notabilísimo *Resumen de Filosofía del derecho*, escrito en colaboración con D. Alfredo Calderón, y los *Estudios jurídicos y políticos*. Véase también los trabajos publicados sobre el particular por Don Adolfo Posada, singularmente sus *notas* con el Sr. Buylla á la traducción española de los *Principios de política*, de Holtzendorff, y su excelente *Tratado de derecho político*, recientemente publicado, tomo 1.°, *Teoría del Estado*, libros 1.° y 2.°

(2) Esta doctrina puede ya hoy considerarse como definitivamente sentada, lo mismo en los autores que en las legislaciones; si bien es de advertir que, en general, unos y otras suponen que tales fuentes de derecho no pueden ser sino *supletorias*, nunca *extralegales*, ni menos *contralegales* ó derogatorias de la ley, y que aun siendo supletorias, lo son por el *consentimiento* (tácito ó expreso) del legislador, no porque ellas tengan en sí su propio valor. Así, por ejemplo, el art. 5.° de nuestro Código civil dice que las leyes no pueden ser derogadas por costumbre ni práctica en contrario. Lo mismo suelen decir los códigos similares extranjeros, y la mayoría de los tratadistas. Sin embargo, la filosofía jurídica comienza ya á reaccionar contra semejante concepción. Véase, por ejemplo, el ya citado *Resumen de Filosofía del derecho* de los Sres. Giner y Calderón al tratar de las fuentes del derecho, el artículo del Sr. Costa sobre *Los requisitos de la costumbre según los autores*, en

Digitized by Google

Mas esto no se aplica á la materia penal, antes bien se hace de la misma una excepción, y se prohibe expresamente á los funcionarios del orden judicial acudir á otros preceptos jurídicos, para juzgar los delitos y aplicar las penas, que á lo terminante y taxativamente dispuesto por la ley. La razón de esta diferencia no es seguramente el que en el orden penal sean siempre las leyes más claras y previsoras que en los demás órdenes, que respondan exactamente á las necesidades que el pueblo sienta y á todas las exigencias científicas é históricas, esto es, á todas las exigencias de la justicia, y que en lo criminal sea imposible el nacimiento de costumbres, de opiniones doctrinales, etc., que pudieran regular relaciones no reguladas ó mal reguladas por las leyes. La verdadera y única razón de la diferencia es siempre ésta: que, en las esferas que no sean la penal, la administración de justicia es una cosa *buena*, por lo cual debe darse á los Tribunales toda la amplitud y facilidades posibles para que desempeñen su función con gran libertad, *sin que haya que temer abusos ni arbitrariedades:* mientras que, por el contrario, la administración de justicia en lo criminal es una cosa *mala*, y en lo tanto, hay que rodear á los Jueces y Tribunales de toda clase de trabas para que no hagan *más mal* que el absolutamente necesario, es decir, el que la ley consienta (!); pues de no hacerlo así, facilmente podrían oprimir á los ciudadanos con sus arbitrariedades (1).

Afortunadamente, esta concepción va decayendo poco á poco, según vamos á ver, y es de esperar que desaparecerá del todo.

16. *b)* Dado el espíritu general que inspira á las dos escuelas penales que representan la evolución última de la ciencia

---

sus *Estudios jurídicos*, y la magnífica ponencia presentada al *Congreso Jurídico español* de 1886, sobre el tema tercero, y suscrita por los Sres. D. Bienvenido Oliver, D. José María Pantoja, D. Francisco Giner de los Ríos y D. Joaquín Costa.

(1) Recuérdese lo expuesto más atrás, cuando indagamos la razón de que el principio *nullum crimen*, etc., esté tan generalizado.

Digitized by Google

de los delitos y las penas, á saber, la escuela correccionalista y la positiva; y dada la tendencia, más ó menos visible, que en ambas se advierte á convertir á la pena propiamente dicha, de puro medio represivo, que es lo que ha venido siendo, ó represivo-preventivo, que hoy es, en medio enteramente preventivo (1), por consiguiente, en un medio jurídico y *bueno*, forzoso es que, tanto la una como la otra, procuren ensanchar la esfera de acción del Juez, dándole toda clase de facilidades para que haga uso, y hasta obligándole á hacerlo, de cuantos medios crea prudente echar mano para prevenir los delitos que en lo futuro pudieran cometerse. Es, pues, una exigencia de ambas escuelas la de dar cada vez más amplitud al arbitrio judicial, la de conceder gran libertad al Magistrado, la de autorizar á éste para que, al administrar justicia, se sirva de *todas* las fuentes de derecho que crea oportuno, á fin de que sus decisiones resulten justas y equitativas, y no sólo de la ley.

Generalmente, ni los autores de la una ni los de la otra escuela han insistido mucho—que sepamos—en este punto, es decir, en la necesidad de concluir de una vez para siempre con la prohibición impuesta al Magistrado penal de salirse del texto explícito de la ley; pero en multitud de ocasiones han hecho referencias incidentales á ello, y además, en sus escritos sostienen varias tesis que son la condenación implícita de semejante prohibición. Sin embargo, en estos últimos tiempos se ha dicho ya, aunque también de pasada, que la ley no es la única fuente del derecho penal, sino que lo es también la costumbre; y lo han dicho cabalmente dos Profesores españoles: el señor Aramburu, de la Universidad de Oviedo, y el señor González Lanuza, de la Universidad de la Habana; correccionalista el primero y positivista el último (2). El señor Aramburu,

(1) Acerca de este espíritu y tendencia de ambas escuelas, correccional y positiva, véase mi *Estudio crítico*, puesto al frente de la traducción española de la *Indemnización á las víctimas del delito*, de R. Garofalo.

(2) El Sr. Aramburu, en sus *notas* á la traducción española de los *Elementos de Derecho penal*, de Pessina, además de mostrar su disconformidad, aun-

Digitized by Google

además, dice en diferentes ocasiones que la pena no debe ser considerada como un *mal*, sino como un *bien*, y claro es que, concebida de esta manera, no hay necesidad alguna de limitar

---

que no de una manera muy clara, con la distinción hecha por los *clásicos* entre delito *científico* y delito *legal*, tratando de dar un concepto que sirva, no sólo para la teoría (como hacen, según se ha visto, Rossi, Carrara y Pessina), sino también para las necesidades de la práctica legal y forense; además de mostrar también disconformidad, ya de un modo patente, con la distinción hecha por los positivistas (principalmente por Garofalo) entre delito *natural* y *jurídico* (Véase ob. cit., I, págs. 176 179), dice, ocupándose de las relaciones entre la costumbre y la ley, como fuentes de derecho: «... 2.° Que la costumbre es forma, asimismo, espontánea de la regla jurídica, reclamada por una particular relación que le da causa ocasional, y tiene la eficiente, no en el mero lapso del tiempo, ni en la *paciencia* del legislador, sino en el principio racional de donde emerge, y al cual sirve. 3.° Que la diferencia entre la costumbre y la ley, formas ambas de expresión del derecho, sólo está en la manera de su respectiva producción y determinación en la vida. 4.° Que ni se contraponen ni se rechazan, sino que *se auxilian* y *se completan;* y si es cierto que en un superior grado de cultura social en que aparece la consiguiente diferenciación de órganos para sendas funciones y la constante comunicación de la *opinión* pública y del *poder*, reviste la ley una importancia más propia y acentuada; y si es cierto también que en la disciplina penal, por ser lo penal «fórmula sintética del derecho», y por requerirse más (siquiera sea á título de garantía) dictados claros y precisos, no es la costumbre la forma más natural y satisfactoria, *nunca puede en absoluto afirmarse que ésta carezca de todo valor y significación,* según lo demuestra la afirmación por nadie rechazada, de que la ley no puede prever la totalidad de los casos en número y calidad individual, y el hecho de que determinados preceptos penales no obtienen en la práctica cumplida eficacia» (id., pág. 124).—Debemos advertir que, sin embargo de esto, el propio Aramburu parece negar competencia á los jueces para entender, «sin mayor detrimento del derecho», en aquellos delitos que no estén *puntualmeute consignados y penados en la legislación criminal de la nación* (id., pág 178).

El Sr. González Lanuza dice por su parte: «La ley no es otra cosa sino la cristalización de la costumbre. En efecto, el derecho es siempre, en su origen, consuetudinario; la *costumbre es la más importante entre todas las fuentes históricas del texto positivo de las leyes*». (*La ley de Lynch en los Estados Unidos.* Disertación leída en la apertura de la Academia de Derecho de la Universidad de la Habana, por el Dr. D. José A. González Lanuza, Catedrático de Derecho penal. Habana, 1892, pág. 76).

Digitized by Google

el arbitrio judicial, sino antes bien de favorecerlo y fomentarlo.

17. *c)* Ya en nuestros días la conciencia pública reconoce como cosa definitivamente afirmada la existencia de la personalidad jurídica individual, es decir, la existencia en el individuo de una esfera de derecho sustraída á la acción de los poderes públicos, y que sólo él puede regir. Los llamados derechos del hombre, ó constitutivos de dicha personalidad, forman, pues, ya hoy en el patrimonio de las conquistas hechas por los pueblos civilizados; así que, garantizada su existencia y su respeto por la misma conciencia jurídica social, no es necesaria ya la garantía formal y exterior que las Constituciones les han venido prestando contra la posibilidad de tiránicos abusos por parte de referidos poderes. Por eso dicen ciertos autores de derecho constitucional que la razón histórica que daba fundamento á la llamada parte *dogmática* de las Constituciones ha desaparecido, y que, por lo mismo, debe también desaparecer esta parte, á saber, aquella en que se consignan los derechos de los ciudadanos.

Siendo esto así, pudiendo prescindirse de las garantías constitucionales, entre ellas la *penal*, sin que por eso los Gobiernos puedan cometer arbitrarios excesos contra los individuos, pues en tal caso, éstos sabrán encontrar los convenientes medios de protesta para hacer que se respeten sus derechos, ¿ha de ser todavía necesario coartar todos los libres movimientos de los Tribunales, prohibiéndoles considerar como delitos más hechos que los que el Código comprende con este carácter, ni imponer otras penas que las previamente establecidas por la ley, tan sólo porque *pueden* abusar de sus facultades y causar innecesarias molestias á los ciudadanos? También los Tribunales del orden civil *pueden* causar estas molestias y hasta violar el derecho de los particulares, y, sin embargo, no se les ponen las cortapisas que á los del orden penal. Precisamente en los casos en que tal cosa ocurra, deberá existir la responsabilidad judicial, que el Estado exigirá, en nombre de

Digitized by Google

los ciudadanos, á aquellos funcionarios que no hayan desempeñado su misión como debían; esto es, á quienes no han respondido á la confianza que la conciencia social depositara en ellos.

Sobre que la *posibilidad* del abuso no autoriza nunca para impedir á los organismos que funcionen con toda la libertad y desembarazo que han menester para desplegar cuantas actividades atesoren, encaminándolas á fines lícitos (1); sobre que la legislación más casuísta y más previsora no será nunca bastante á anular completamente el arbitrio judicial, y mucho menos el arbitrio de Jueces y Tribunales que *quieran abusar*, porque «el que hizo la ley hizo la trampa», y porque como en el Magistrado no exista la primera y fundamental garantía de rectitud, que es su rectitud *interna*, todas las demás son inútiles,—debe tenerse presente que en el día de hoy no es tan fácil que los Tribunales abusen impunemente, al menos sin protesta de la opinión (2), ni es tampoco difícil que, cuando abusen, el ciudadano ofendido esté desprovisto de toda clase de medios para reclamar contra la injusticia, la arbitrariedad ó la violencia.—Si de nuestro Código penal desapareciese el art. 22, ¿es de presumir que los Tribunales habrían de entregarse á la más desenfrenada arbitrariedad? ¿Tan poca confianza podemos tener en ellos? Hoy, vigente aquel artículo, ¿obran siempre con tal y tan inquebrantable justicia, que sobre sus sentencias no recaiga el menor asomo de duda? Y en caso de abuso, ¿no tendrían los perjudicados medio alguno de recla-

---

(1) Precisamente aquí están los peligros de toda higiene y de toda medida preventiva, cuando no son prudentes y cuando se dictan como regla general para todos los casos: en impedir que se aprovechen determinadas fuerzas, que podrían dar resultados muy beneficiosos, obligándolas á permanecer inactivas. La higiene y la prevención sólo deben procurar comprimir los gérmenes y elementos nocivos, nunca los que puedan ser útiles.

(2) Que se haría cada vez más fuerte cuando adquiriera conciencia de que ella podía y debía poner correctivo á los fallos injustos.

Digitized by Google

mar, aun dentro de las leyes que actualmente nos rigen? (1).

18. *d)* Las corrientes de la ciencia contemporánea son, en cierta manera, opuestas á la preocupación individualista y revolucionaria, que hemos visto servir de base y raíz al aforismo *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege.* La nueva ciencia sociológica, considerando ya como incontrovertiblemente resuelta la cuestión de la personalidad del individuo y puestos á cubierto de todo ataque los derechos conquistados por éste (al menos de una manera formal) en el gran movimiento liberal de fines del pasado siglo, se consagra hoy con gran ahinco á hacer que renazca la conciencia colectiva, casi perdida en los tiempos del imperio poco menos que absoluto de las teorías del contrato. La sociología moderna pugna porque, junto á la personalidad de los individuos, se reconozca la existencia de personas sociales, que, en vez de anular á aquéllas, les sirvan de complemento, cooperando con ellas á la consecución del mayor bienestar posible. Así que, al mero interés individual y privado, que era antes el único que guiaba las acciones de cada cual, va poco á poco sustituyendo y agregándose un interés más amplio, colectivo, solidario: la antigua sociología liberal, cuya exclusiva preocupación era el individuo y sus derechos *absolutos, inalienables, imprescriptibles*, etc., va cediendo el puesto á la sociología socialista, que afirma la existencia de intereses *comunes* á todos los miembros de cada grupo humano y aun á todos los hombres; que busca la cooperación y la ayuda (altruísmo) en lugar de la lucha brutal, egoísta, y que en vez de suponer que sólo existen dos entidades, frente á frente, á saber, el individuo y el Estado, cada uno de los cuales pierde en fuerza y poder tanto cuanto gana el otro, afirma la existen-

(1) Lo tendrían mucho mayor en caso de que la responsabilidad judicial fuese una verdad, y en caso de que hubiese medios para que los ciudadanos que hubieran sufrido perjuicios á motivo de decisiones judiciales injustas fuesen debidamente indemnizados, bien por el Estado, bien por los mismos causantes de la injusticia.

Digitized by Google

cia de diversas entidades sociales que procuran y deben procurar el mayor bienestar posible á *todos* sus miembros.

Estas nuevas concepciones tienen que reflejarse necesariamente en la materia que nos ocupa. «El individualismo liberal, dice Liszt, que sostenía en primer término los intereses del individuo frente á los de la comunidad; el espíritu del siglo filosófico y de la gran revolución francesa nos han aportado la limitación precisa del derecho social de castigar» (1). Ahora bien: esta limitación ¿continuará subsistiendo en la misma forma en que hoy se nos presenta, ó habrá de modificarse al impulso de la invasora marea socialista?

Aunque no es fácil predecir con entera seguridad cuál ha de ser la solución que en lo futuro se dé al problema, nos inclinamos hacia este último extremo. Seguramente que «el Estado socialista no podrá menos de servirse de la pena, lo propio que el orden legal existente, aun cuando la fisonomía general de la criminalidad se cambie por completo»; pero por lo mismo que esta fisonomía tendrá que cambiar, cambiarán también los límites en que el poder punitivo social habrá de encerrarse, al intento de garantizar los derechos de los individuos. Seguramente que asimismo «el Estado socialista apoyará más fuertemente los intereses de la comunidad, obrará con más vigor, con más consecuencia y con menos consideraciones y miramientos al individuo que se rebele contra la ley», y, por lo tanto, éste habrá de necesitar más pertrecharse contra las arbitrariedades de los poderes; pero no por esto creemos que sea indispensable «precisar más exactamente» en el Código «las condiciones en las cuales el individuo puede ser atacado por la comunidad y fijar los límites más allá de los cuales cesa la protección de la ley» (2); en primer término, porque cuando el Estado socialista ataque al individuo delincuente deberá hacerlo, no por espíritu de venganza y para imponerle un me-

(1) F. Von Liszt, Ponencia citada, pág. 134.

(2) Liszt, loc. cit.

Digitized by Google

dio penal injusto (lo cual vendría á resultar *en su propio perjuicio)*, sino en cuanto sea necesario para defender el interés colectivo amenazado ó lesionado por aquél (1), y en segundo término, porque para garantizar los derechos del individuo cuando el Estado ó sus órganos los lesionen, puede hacerse uso de otros medios, sin necesidad de acudir al peligroso y perjudicial de la que hemos llamado garantía penal y del principio *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege* (V. § 17). Cuanto mayor vaya siendo la compenetración y la solidaridad de los diversos intereses individuales en un interés *común;* cuanto mayor vaya siendo el predominio de la idealidad social—como la llama Ardigò,—altruísta, sobre la mera prepotencia egoísta, y cada hombre llegue á tener una verdadera *participación* en el bien ó en el mal de sus coasociados, tanto menos necesario será que las leyes garanticen los derechos de los ciudadanos contra los excesos de poderes arbitrarios, porque éstos encontrarán en la conciencia pública un baluarte firmísimo donde se estrellarán sus conatos de abuso. Allí donde los individuos sean considerados, no ya sólo como organismos independientes, sino á la vez como miembros de otros organismos superiores sociales, y donde, por tanto, llegue á adquirirse conciencia clara de que todo el mal que innecesariamente se cause á algún miembro ha de resultar por fuerza en detrimento de la comunidad toda, allí es donde existirá la verdadera garantía penal, con una eficacia que no puede alcanzar hoy, porque en vez de hallarse escrita sólo en los Códigos, sin otro valor que el meramente formal, abstracto y desprovisto de contenido, estará escrita, por modo indeleble, en el corazón de la sociedad y en el de todos sus individuos, sean gobernantes ó gobernados, y los Tribunales no se atreverán á extralimitarse en su función, cometiendo arbitrariedad ó injusticia, ora porque á ellos mismos

(1) Sobre la manera cómo nosotros entendemos la función penal, véase el citado *Estudio crítico* puesto al frente de la traducción española de la *Indemnización á las víctimas del delito,* de R. Garofalo; Madrid, 1893.

Digitized by Google

les repugnará cometerla, ora porque, de hacerlo así, habrían de encontrarse con la protesta de toda la comunidad, que podría llegar hasta destituirlos.—Que hoy nos hallamos aun muy lejos de este ideal, ¿quién lo duda?; pero ¿quién puede dudar asimismo que vamos marchando con gran lentitud hacia él, y sobre todo, que debemos hacer lo posible por conseguirlo?

19. *e)* Aparte lo dicho, es de observar, que en el derecho penal moderno, tanto doctrinal como legislado, van apareciendo y adquiriendo cuerpo ciertas instituciones que son incompatibles con la supradicha prohibición impuesta á los Tribunales y que forzosamente han de dar en tierra con ella. Tal sucede con la amplitud que, para dictar sus fallos, se concede ya á los Magistrados del orden penal, con la liberación condicional, con las sentencias á tiempo indeterminado, con la sustitución de las penas de cárcel y de las de corta duración, con las casas de corrección para delincuentes jóvenes, etc.

Todas estas instituciones se fundan en una concepción de la pena como medio de *prevención*, es decir, como un *bien*, y por tanto, en una concepción opuesta á la que ha dado lugar al principio *nullum crimen*, etc, (§ 5); todas ellas, en efecto, se proponen obtener con la aplicación de la misma algún resultado útil, sea para el individuo mismo delincuente, sea para la sociedad, sea para ambos.

Que cada día va concediéndose más amplitud á los Jueces y Tribunales para la apreciación de todas las circunstancias que hayan rodeado al delito y rodeen al delincuente, y para que en consecuencia puedan individualizar la pena, ó sea aplicar á cada reo la que le *convenga*, es un hecho tan indudable, que casi no precisa demostración; como es asimismo indudable que esta amplitud no es otra cosa que una reacción contra la anterior tendencia—dominante aun en algunos países, como en España—á impedir al Juez todo movimiento libre y toda espontaneidad, por temor á que cometiera abuso. Criticando el proyecto de Código penal del Sr. Silvela, decía D. Jerónino Vida: «El movimiento codificador de este siglo,

Digitized by Google

nacido, en parte, del deseo de reducir todo lo posible ó de anular por completo el arbitrio judicial, deseo formulado por Bacón en su famosa máxima, *optima lex quæ minimum arbitrii judici relinquit*, llevó á los legisladores á fijar taxativamente la clase de pena que debía imponerse en cada delito, haciendo del Juez poco menos que un autómata, cuyo papel consistía en comprobar la existencia en la acción punible de los caracteres y circunstancias determinados por la ley, y en imponerle la pena señalada concretamente en calidad y cantidad» (1). «Pero ha ya tiempo—dice en otra parte el mismo autor—que el movimiento de reacción contra el arbitrio judicial ha cesado ó va perdiendo fuerza en los pueblos cultos; ha ya tiempo que se ha reconocido absurda la pretensión de encerrar, en el estrecho molde de los artículos de una ley, la infinita variedad y riqueza de la vida; ha ya tiempo que se ha visto que la garantía contra la injusticia de los que mandan y de los que obedecen no puede hallarse en las disposiciones de los cuerpos legales, por sí mismos ineficaces é inútiles, sino en la moralidad interna, en el sentimiento del deber y en el amor á la justicia, sin los cuales son letra muerta todas las leyes y todas las garantías externas; y de la prueba tasada se ha pasado á la prueba libremente apreciada por la conciencia del que juzga; de las escalas penales complicadísimas y de aplicación mecánica, á las escalas penales sencillas y de libre aplicación, dentro de un *máximum* y un *mínimum* bastante distantes para que el Juez pueda moverse con soltura; y todavía, no contentos con esto, en el último Congreso penitenciario celebrado en Roma, se ha acordado que ese *mínimum* debe ser franqueable, ó lo que es igual, que el juzgador no debe tener más limitación en sus funciones que la del *máximum* de pena fijado por la ley (2). Algunos es-

(1) *El proyecto de Código penal*, apuntes críticos, por Jerónimo Vida; Madrid, 1885, pág. 57.

(2) Así lo tiene establecido el Código penal holandés, al cual consideran como el más adelantado y perfecto, por esta causa, aun los defensores del

Digitized by Google

critores van todavía más allá, y llegan hasta combatir toda predeterminación de la pena, poniendo como bandera y meta de los futuros progresos la abolición de la medida penal» (1). Este «movimiento de reacción», de que habla el Sr. Vida, va acentuándose cada vez más, hasta en los partidarios del principio consabido, así como la «abolición de la medida penal» es también una exigencia de la penología moderna (2); por tanto, hay motivos para creer que uno y otra concluirán por desterrar de las legislaciones los preceptos equivalentes al del art. 22 de nuestro Código penal, dictados, como se ha visto, con el evidente y exclusivo propósito de impedir el arbitrio de los Tribunales.

20. *f)* Análogas consideraciones pueden hacerse en lo que respecta á otras instituciones ya admitidas por la teoría y por las legislaciones, ó que, admitidas ya por la primera, no lo han sido todavía por las segundas, ó que actualmente se hallan puestas á discusión; como la liberación ó libertad condicional de los penados (3), la sustitución por otros medios de las pe-

---

principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, como sucede, v. gr., á Garraud (ob. cit., I, págs. 106 y 107). También ocurre lo propio con varios códigos de Norte América.

(1) Kräpelin, *Die Abschaffung des Strafmasses.*—Villret, *Das Postulat des Abschaffung des Strafmasses.* (Vida, *La imputabilidad criminal y las causas que la excluyen ó la modifican*, 2.ª edic., Salamanca, 1891, págs. 108-109; véase también su *Proyecto* ya citado, págs. 78 80.)

(2) Además de los autores citados por el Sr. Vida, la reclaman varios otros, como Giner, Garofalo, etc. Véase la *Criminología* de este último, traducción española, pág. 163, nota.

(3) Acerca de esta institución, de su historia, de su extensión en los autores y en las legislaciones, véase un opúsculo de C. Costanzo Peratoner, *La liberazione condicionale dei condannati*, Catania, 1891; Lacointa, *Code pénal d'Italie*, París, 1890, págs. 16 17; Manduca, *La liberazione condizionale in Italia*, en *La Scuola positiva*, año III, 1893, págs. 49-59; Vida, *El proyecto de Código penal*, páginas 71 y sigs.; el *Progetto del codice penale*, del Ministro italiano Zanardelli, Roma, 1888, págs. 92 y sigs. y los *Verbali* de la comisión nombrada para informar este proyecto, págs. 76 y sigs.

Digitized by Google

nas de cárcel, sobre todo, las de corta duración (1), los establecimientos de corrección y educación para delincuentes jóvenes, asilos para delincuentes ancianos ó enfermos, manicomios criminales, etc. (2), las sentencias á tiempo indeterminado (3), y varias otras que, á nuestro juicio, se salen del cuadro del derecho criminal reinante y provienen de ideas y principios perfectamente contrarios á los que dominan (4).

21. De todo cuanto antecede resulta como cosa evidente, á nuestro juicio, lo siguiente: Que por efecto de la consideración de la pena como un mal y sólo como un mal, que se imponía al autor de un delito (5), con el exclusivo objeto de *vengarse* de

---

(1) Este problema se viene discutiendo mucho en los tiempos actuales, principalmente en los Congresos penitenciarios. Ultimamente lo ha sido en el *Congreso de sociología criminal* celebrado en Chicago con motivo del gran certamen internacional (tema séptimo). La necesidad de abolir las penas de cárcel, especialmente las de escasa duración, buscando algún medio racional de sustituirlas, la reconocen hoy los penalistas más notables. Véase lo que sobre esto hemos dicho en el citado *Estudio crítico*.

(2) Todos los cuales se van introduciendo y generalizando en los países civilizados, donde se empieza á mirar á la pena como *algo más* que como un puro medio de retorsión ó retribución del mal causado por el delincuente.

(3) Cuestión enteramente nueva. Véase acerca de ella la ponencia presentada al cuarto Congreso de la *Unión internacional de derecho penal*, sobre el tema segundo, por M. G. A. Van Hamel, Profesor de derecho criminal en Amsterdam, y publicada en el *Bulletin de l'Union*, vol. 4.°, págs. 265 281. También en el *Congreso de sociología criminal* de Chicago se ha discutido esta cuestión (tema décimo).

(4) Si todas estas instituciones tienen justificación, es tan sólo en cuanto se las considere como medios adecuados para prevenirse contra delitos *futuros* (la pena *ne peccetur*), en manera alguna como modos de aplicar un *mal* al autor de un delito tan sólo por haberlo cometido *(quia peccatum est)*, que es el sentido con que en la mayoría de los casos se impone hoy la pena (hasta donde es posible), y dentro del cual sentido es en donde puede uno darse razón del doble principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

(5) Delitos han sido, y son todavía, no ya las acciones *intrínsecamente malas*, ni siquiera *todas* las acciones *contrarias al bienestar y prosperidad sociales*, sino también aquellas que la clase dominante (la de los explotadores) consideraba como perjudiciales ó peligrosas para la persistencia de su opre-

Digitized by Google

él y de hacerle padecer, los poderes absolutos y arbitrarios de otros tiempos creyeron asegurar mejor su dominación sobre los súbditos amenazando á éstos con gravísimos y crueles castigos (males), que imponían en su nombre los funcionarios del orden judicial. Esta dureza de las penas ha llegado, escrita en las leyes, hasta el presente siglo; pero ya habían comenzado á mitigarla los mismos Magistrados, haciendo uso de su arbitrio. Con todo, seguía siendo excesiva, y como, en último extremo, tal mitigación era *enteramente facultativa* en el Juez, los ciudadanos podían muy bien ser, y eran á menudo, víctimas «de la malicia ó la ignorancia de los juzgadores». Por eso al verificarse la reacción liberal é individualista del pasado y de la primera mitad del presente siglo, que trajo consigo el febril movimiento codificador, se procuró cerrar por completo la puerta al arbitrio judicial en todos los órdenes, pero mucho más en el penal, por ser el más peligroso; se reguló la administración de justicia criminal hasta en los más nimíos pormenores, á fin de que sus funcionarios no pudieran extralimitarse en lo más mínimo, ni causar la menor molestia, que no consintieran las leyes, á los ciudadanos, y se prohibió de un modo categórico y terminante á los Jueces que, en lo tocante á la administración de justicia penal, se apartasen un sólo ápice de lo establecido clara y explícitamente por la ley, no consintiéndoseles en manera alguna imponer penas que no estuvieran autorizadas por ésta, ni perseguir otros delitos que los previamente determinados en la misma (1). Desde entonces el im-

---

sión sobre la masa dominada (ó explotada). Véase sobre esto la teoría de Vaccaro acerca de la delincuencia y su origen, en sus libros *La lotta per l'esistenza e i suoi effetti nell'umanità*, Roma, 1886, *Le basi del Diritto e dello Stato*, Turín, 1888, y sobre todo la *Genesi e funzione delle leggi penali*, Roma, 1889.

(1) Fué tal la repugnancia que comenzó á sentirse hacia el arbitrio judicial, y tal el recelo que se tuvo de que el Juez podía abusar si se le consentía la menor latitud, no ya en acudir á otras fuentes del derecho que no fuesen la ley, sino en la misma interpretación y aplicación de ésta, que, por evitar toda posibilidad de arbitrio, por remota que fuese, se cayó en el ex-

Digitized by Google

perio del principio *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege* ha sido absoluto é incontestable.

Mas poco á poco, y por diferentes conductos, ha comenzado á producirse un movimiento contrario, que va quitando fuerza á dicho principio y que concluirá por hacerlo desaparecer, colocando en su lugar el del prudente, discreto é inteligente arbitrio judicial. Este parece que ha de ser el término de todo el proceso de reacción que dejamos indicado, y esta es la meta que, á nuestro parecer, deben ir persiguiendo la doctrina y la jurisprudencia.

Cuando haya llegado á arraigar un tanto en la conciencia popular la creencia, que hoy no hace más que anunciarse en las obras de algunos doctos, de que el Juez penal, al cumplir su misión, hace una obra *justa* y *buena,* y de que la pena es *un medio* de que hace uso para la consecuencia de un fin *lícito, moral* y exigido por la sociedad y por el *verdadero interés* del propio individuo á que se aplica; cuando el Juez mismo, penetrado de su deber, busque tan sólo el *bien social* y el *individual,* empleando la pena, no para *vengar* (1) á la sociedad de ataques

---

ceso contrario, no menos perjudicial que el primero. De aquí las disposiciones relativas á la interpretación de las leyes penales, á su retroactividad, etc., tan ilógicas y tan caprichosas la mayor parte de las veces, como ya veremos, y que han colocado á la materia penal en una situación verdaderamente excepcional, sin que la excepción tenga fundamento serio. El principio *pro reo,* el *benignius interpretandum* y otros análogos, se han prodigado tanto, que, en vez de haberse limitado los códigos penales y procesales á ser la *Magna carta* del individuo, según los llama Listz, han llegado muchas veces á convertirse en *leyes protectoras del delito y del delincuente,* como las califica Garofalo.

(1) La *venganza* no es ni puede ser un medio de *restaurar* el derecho perturbado, que es lo que se dice que se busca con la aplicación de la pena. La venganza pudo ser el placer de los dioses egoistas del antiguo paganismo, poseídos de las mismas pasiones que dominaban á los hombres, pero no puede ser el placer de un Dios infinitamente misericordioso, conocedor de la flaqueza humana y amante de los pecadores que se arrepienten más aún que de los justos: puede ser el fin que busquen, al imponer penas, los pueblos

Digitized by Google

ya sufridos, ni para *expiar* ó *retribuir* con un nuevo mal el mal ya causado, sino para *impedir* la comisión de *futuros* delitos; cuando, en lo tanto, no haya motivo alguno para temer que la pena se imponga *con la menor animosidad* contra el reo, sino como medio de *mejorarlo* y *levantarlo* de la postración en que se halla, ó como medio de *librar* á la sociedad de *futuros atentados* por parte del mismo—que es el sentido con que se aplican la reclusión y los medios represivos á los locos, á los niños, á los enfermos, etc.,—entonces no habrá nada que *temer* del arbitrio judicial, y no habrá precisión de poner á los Tribunales *cortapisa* alguna en el desempeño de su misión, antes bien se les *obligará*, como se les obliga en el orden civil, á echar mano de *todos* los medios que crean conducentes á la mejor administración de justicia, sin que *en ningún caso* puedan dejar de administrarla so pretexto de «silencio, oscuridad ó deficiencia de la ley» (1). Sucederá, en suma, lo que sucede con el médico y el confesor, á saber: que no obstante que imponen al enfermo y al penitente medios represivos, que les hacen *padecer* más ó menos (medicinas y penitencias—medicinas para el cuerpo y para el alma), nadie ha creído necesario coartar la libertad de los mismos, ni dictarles reglas cerradas é inflexibles para el desempeño de su misión, á fin de que no puedan extralimitarse y causar perjuicios á dichos enfermo y penitente; sino que están obligados á aliviar *cuantas* enfermedades corporales ó espirituales se les presenten, *aun cuando* no hablen de ellas la patología ni la moral, y á acudir á toda clase de remedios que crean convenientes para el caso, *aunque* no estén *de antemano* aconsejados en los libros y formularios terapéuticos ni en los tratados de los más acreditados moralistas. Al médico y el confesor se les dan reglas, con el único fin de *ilustrarles* para que sepan qué es lo

---

primitivos, atrasados y cercanos á la animalidad, pero no puede ser el que persigan los pueblos cultos, altruistas y humanos.

(1) El art. 6.° de nuestro Código civil se aplicará perfectamente, como debía aplicarse, al orden penal.

Digitized by Google

que en la generalidad de los casos *puede* ser lo más acertado, pero la parte mayor la ponen ellos mismos en vista del *caso* que tienen delante; ¿no es esto también lo que conviene hacer con los funcionarios de la administración de la justicia penal, es decir, procurar que tengan *mucha competencia* y *mucha rectitud*, confiando después en éstas para que, en vista de las particulares circunstancias que rodeen al hecho y á su autor, dicten después ellos el fallo?

Por lo demás, el arbitrio no puede nunca quedar proscrito en absoluto: si se huye del del Juez, se cae forzosamente en el de éste (1) y en el del legislador. Ahora, á mi juicio, el arbitrio del legislador, sobre ser, por lo menos, tan perjudicial y peligroso como el del Juez, carece de una ventaja inestimable que acompaña á éste y que por sí sola sería suficiente para que se

---

(1) El arbitrio judicial existe aun en el caso en que se trate de circunscribir y aprisionar al juzgador dentro de una espesa y complicada red de preceptos; con la particularidad de que en este caso es un arbitrio más peligroso, porque es el arbitrio que procede de la mala fe, de la ignorancia, de la terquedad, etc.

Que el arbitrio del juez es inevitable, se ven obligadas á reconocerlo las mismas legislaciones positivas que, como la nuestra, se inspiran y modelan en el consabido principio *nullum crimen*, etc. En efecto, el art. 2.º de nuestro Código penal, es una confesión expresa que el legislador hace de su impotencia para prever todos los casos delictuosos posibles, así como una declaración de que la aplicación *estricta* de las disposiciones del mismo Código puede ser *injusta*. De la propia manera reconocen la imposibilidad de sustraerse á dicho arbitrio judicial el art. 741 de la ley de Enjuiciamiento criminal y el 72 de la ley del Jurado, los cuales conceden á los Tribunales y jurados la facultad de apreciar las pruebas practicadas en los juicios orales y de declarar acerca de la culpabilidad ó inculpabilidad del agente «con libertad de conciencia». Y, por último, es también prueba de esta imposibilidad el hecho de que el Tribunal Supremo tiene la facultad de interpretar la ley penal, lo mismo que la civil, y de que su interpretación forme jurisprudencia; y aun cuando es cierto que esta jurisprudencia no constituye una fuente de derecho legalmente obligatoria, que como tal hayan de tomar los juzgadores, también lo es que esta jurisprudencia se aduce ante los Tribunales con frecuencia extraordinaria, y que éstos la suelen tener en cuenta, ya que no como fuente *principal*, sí como fuente *supletoria*.

Digitized by Google

tuviera más en consideración de lo que hoy se tiene. Esta ventaja es la de que los Tribunales podrían y deberían ser los intermediarios entre el poder público legislativo y el pueblo, entre la fórmula general y abstracta de la ley y los hechos concretos, las exigencias y necesidades de la vida; el *conducto* por donde deberían irse introduciendo en la administración de justicia, y desde aquí llegar hasta la ley, las *nuevas corrientes de la ciencia y las nuevas aspiraciones de la sociedad* (1).

Finalmente, la introducción del arbitrio judicial y la consiguiente reducción del principio *nullum crimen*, etc., hasta suprimirlo por completo de los códigos, es la única manera de impedir que los Tribunales de justicia (tanto togados como jurados) cometan ciertos exabruptos, absolviendo ó condenando injustamente á quien no merecería ser absuelto, pero tampoco merecería ser condenado con todo el rigor que el precepto legal dispone, dadas las especiales circunstancias que al hecho ó á su autor pueden rodear, y el cual defecto no se remedia ni con el art. 2.º del Código penal vigente, de que los Tribunales hacen muy escaso ó ningún uso, ni con el ilógico, inoportuno y peligrosísimo recurso de *revista*, que en su art. 112 establece la ley del Jurado.

PEDRO DORADO,
Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Salamanca.

(1) Esto era, sin duda, el motivo por el cual la ley provisional que puso en vigor el Código de 1848, inspirándose en un criterio mucho más acertado y menos presuntuoso que el que anima al Código vigente, dispuso en su artículo 2.º que el Gobierno propondría á las Cortes *dentro de tres años ó antes*, si lo estimare conveniente, las reformas que deberían hacerse en el Código, acompañando *las observaciones que al menos anualmente debían remitirle los Tribunales*. Esta es también la razón de las «disposiciones adicionales» del vigente Código civil.

Digitized by Google

DERECHO DE OCCISIÓN.

Nos permitimos llamar así, y no de enterramiento, al que se refiere al último destino de los cadáveres, para abarcar bajo tal denominación los casos en que no reciban sepultura, su *apropiación*, ya que respecto de ellos no quepa verdadera expropiación, y todo cuanto se relacione con dicha materia, desde elegir hábito y ataúd para el muerto, hasta obtener tiempo adelante la traslación de sus restos de un punto á otro.

Si de alguna cosa puede disponer el hombre para después de su muerte (partimos del supuesto, que hemos sostenido en reciente folleto, de que debe suprimirse la facultad de testar), es de su propio cuerpo, cuyo último centro de reposo nadie ha de saber adaptarle mejor á los deseos finales del alma de que fué vehículo que el que ve próxima la desunión de sus elementos de vida y piensa en pagar el último tributo.

No contrariamos nuestra teoría, opuesta á la facultad de testar, al permitir la última disposición del propio cadáver, porque los muertos no son cosas que estén en el comercio de los hombres, y disponer de lo que no tiene precio, sino de afección y respeto, no es testar. Testar es transferir la propiedad que nos sobra, cuando perdemos toda opción á ella y toda posibilidad de disfrutarla, á un tercero á quien no se la donaríamos siguiendo vivos; ser generosos á la fuerza; tener derechos después de vernos libres de obligaciones; dictar leyes cuando el Cid ganó la última batalla, cuando carecemos de pensamiento y de voluntad. Señalar un punto de descanso á

Digitized by Google

nuestro cadáver, es un acto de piedad y beneficencia que no puede confundirse con la testamentifacción activa, como no se confunden las fundaciones benéficas con las vinculaciones civiles; éstas abrrogadas, aquéllas subsistentes é inconmovibles.

Es nuestro cadáver una propiedad de horas, de momentos, que no sabemos siquiera si estará al alcance de la ley que nos rige, si se hundirá en el mar, si le consumirá un incendio, si se confundirá, desfigurado, con otros muchos por la cólera del cielo, transformada en terremoto, epidemia, matanza, inundación, etc., si le comerán antropófagos, si le secuestrarán bandidos, si cuando se halle podrá ser identificado; y séalo ó no lo sea, encuéntrese ó no adherido al mismo nuestro extinto nombre, ¿á quién atrae la carne vuelta tierra? ¿qué puerta puede abrirse á los muertos más que la del cementerio? A flor del suelo, en fuerza de inscripciones, adornos y números, aun podrán distinguirse las sepulturas; pero debajo, dentro del ataúd, embalsamados ó corroídos por viva cal, todos somos iguales, que no hay nada más nivelador que la guillotina de la muerte. Desde la fosa común hasta el costoso mausoleo, rodeado de rosas, desmayos y cipreses y la sencilla lápida de piedra, todos los lechos ofrecen igual descanso á los muertos; en ninguno hay lana ni pluma para ellos, que todo les sobra, que todo les ha de ser indiferente, por no decir repulsivo, como resulta la pompa humana al acercarse á los dominios de la eternidad. Podrán los rezos privados, los recuerdos amantes, las ofrendas religiosas devolver alguna calma, ganar alguna indulgencia para las almas viudas; pero los cuerpos occisos, la materia exenta de espíritu, no gana nada con solícitos cuidados y lujosos túmulos, ni pierde tampoco con que la devoren los tigres ó la disemine el viento y el fuego, que ni lo uno ni lo otro influye en la salvación eterna, ni en el perdón de los pecados.

El cuerpo, revertido por siempre al barro de que fué formado, es un recuerdo, un objeto ideal cuya pestilencia ahoga, cuyo desfiguramiento horroriza al pariente y al extraño, cuya frigidez, semejante á los hielos del Polo, corta los labios que le

Digitized by Google

quieren besar. Es una cantidad negativa en cuanto cuesta transportarle y abrirle digna huesa, y sólo por excepción puede tener un valor general ó público cuando haya pertenecido á un gran patriota, un santo, un genio ó un héroe. Fuera de este caso, la familia más allegada, el amante invariable ó el amigo sin tacha concederán alguna estima á los despojos del cariñoso padre, de la amada consorte, de la hermosa prometida, del protector desinteresado, del compañero leal; verán en procurarles digno sitio de reposo algo más que una obligación, un consuelo, el último que les resta y que pueden tributar al que nunca ha de repetirles su adios; los extraños apartarán sus ojos y protegerán su olfato contra aquella ruína en corrupción.

Como los restos mortales de una persona no son una propiedad, no se concede en su disfrute el *jus abutendi* ni al mismo propietario, que puede suicidarse, pero no podrá obtener ayuda legal para destinar su cuerpo occiso á las fieras ni á otros usos distintos de los que cuerdamente debe desear el que piensa en su fallecimiento con serenidad; y claro está que, si al testador se le prohibe separarse del criterio racional en el destino que ha de darse á la carne que vuelve á ser tierra, menos han de poder quebrantar los mandatos de la moral y de la conciencia en este punto los llamados abintestato á disponer de esa última porción, de ese podrido residuo de la personalidad.

Hay mucho de sagrado en el respeto á los muertos, en rendirles culto y procurarles tranquilidad cubriendo el campo donde duermen para siempre de bendiciones, coronas y cruces, de mármoles, verjas y jardines, alumbrando la sombría cámara donde cerraron los ojos y el camino para la última morada con cirios y blandones, elevando en las iglesias y en el interior del hogar abandonado oraciones á su memoria; por eso cuando dobla la campana, cuando se cierra á media puerta la casa mortuoria, cuando estallan en el enlutado domicilio los gritos que promueve la despedida del médico y del sacerdote y el fúnebre cortejo al ponerse en movimiento, cuando avanza por la calle repartiendo sombras, cuando cruje el ataúd al

Digitized by Google

apoyarle en su último asiento y al chocar con él la tierra que ha de cubrirle, el menos impresionable se sobrecoge, el menos creyente levanta su espíritu á los cielos, el más despreocupado se detiene á meditar en la fragilidad de la dicha, en la miseria de la vida, en el saldo de la última cuenta, para la que no sirve el arbitrismo con que hoy van trampeando los hacendistas más conspícuos.

Mayor impresión causa que el occiso haya muerto á manos de un criminal, por accidente desgraciado ó en el patíbulo por venganza pública; y siempre produce escándalo la lucha jurídica ó religiosa sobre enterramientos, especialmente la última.

Concordar los decretos sobre admisión de cadáveres en los cementerios, no es cosa fácil ínterin se juzgue el cuerpo yacente adherido á la historia de la persona de que procede; pero si el cadáver es la negación de la vida, el cero á la izquierda del ser, hay que confesar que nada de común tiene el cuerpo derribado con la responsabilidad ni con la gloria que pueda alcanzar al ente que, desprendiéndose de terrenales ligaduras, desapareció en la inmensidad, como luz que se apaga, como gota que se evapora, como átomo que espira en el vértice de un torbellino.

El cadáver no es más que un residuo independiente de la vida, es la forma que desaparece, la mascarilla que se arroja, el barro inútil que dejan á su paso la muerte y la destrucción; por lo que resulta ensañamiento negar á unos muertos lo que á otros se les concede como gracia y honor. El alma prisionera donde residían la voluntad, la energía, la inteligencia, el sentimiento, el amor, el libre albedrío, la semejanza, en fin, con su Creador, por mandato del cielo, abandona su colmena, se alza con todos sus bienes y todas sus deudas, rompe el lazo vital que la encadenaba, convierte en polvo lo que antes fué fibra, palpitación y movimiento, extiende el frío donde antes reinaba el calor, ciega y atrofia los vasos por donde circulaba la sangre, provocando acciones y reacciones químicas vitales para producir las últimas de la materia morbosa, la corrup-

Digitized by Google

ción y el hedor, y cuando el alma se escapa de la jurisdicción disciplinaria de los vivos, no es justo, no es siquiera serio, descargar el peso de la ley sobre el cuerpo descompuesto y abandonado, en el que ya no han de hacer huella ni las punzadas del dolor, ni los sonrojos de la vergüenza, ni los temores del infierno.

Francamente declaro que si los cadáveres de los seres queridos de mi alma me inspiran afecto y piedad, no es por lo que son, es por lo que fueron, por haber pertenecido á personas que, al precederme en el camino de otra vida, originaron en mi corazón profundas necrosis que el escalpelo del pesar no corta, pero que se leen y se demuestran en la irremediable tristeza que me posee, secuela de esas desgracias é irreparable compañera de mis últimos días. Como no permitiré, mientras pueda conservarles, desprenderme de los objetos que á mi idolatrado padre (Q. G. H.) le eran más familiares ó más simpáticos, así tampoco dejaré en abandono su cadáver, que rescataría á buen precio si le robaran; mas no desconozco que, fuera de mi afección especial, son sus cenizas, como las de todos los muertos, escorias de las fundiciones de la vida destinadas á transformarse en polvo y gusanos, no objetos sobre los que pueda hacerse recaer correcciones ó limitaciones que impliquen castigo donde procede el sobreseimiento libre por extinción de toda responsabilidad. Venganza y no justicia, ultraje á la moral y al derecho, y no obra de equidad y concordia, es detener el cuerpo muerto á las puertas de un cementerio público, repasando la hoja de hechos del alma que le abandonó, suponiendo que esa sociedad, al disolverse, queda, como las mercantiles, en liquidación, lo cual sólo es exacto respecto al socio gestor y á la eterna cuenta del juicio final.

Comprendemos que se nieguen á un cadáver privilegios, preces y distinciones que no impliquen ofensa ni desconsideración; pero no nos explicamos que, con motivo de su enterramiento, se pretenda injuriar, humillar ó escarnecer la memoria de los muertos, para los que no queda otro tribunal que el

Digitized by Google

de la historia, que ni lleva prisa en sus fallos, ni utiliza otra espada que la de la crítica. La Religión y la Sociedad deben sobreseer todas las causas personales desde el fallecimiento del procesado, deteniéndose ante su cadáver, que no es otra cosa que el último *autógrafo*, el que más pronto ha de borrarse, de su extinguida personalidad. Procuren los poderes públicos no emborronar ese autógrafo con otras manchas que las que ha de ocasionarle la descomposición humoral, y hagan más todavía, den la seguridad á los vivos de que, cuando les llegue la última hora, serán cumplidos sus deseos sin tener en cuenta su conducta social ó religiosa, ni fundar en ella la menor oposición á que sus restos mortales descansen en el lugar que eligieren, ó por ellos sus familias.

Es dogma de la Iglesia Católica, bajo cuya bandera me cobijo y de la que considero imposible que interiormente se pueda desertar nunca, la resurrección de la carne, para presentarnos en la plenitud de los tiempos con los mismos elementos físicos é intelectuales que tuvimos en este valle de lágrimas á responder de nuestras acciones no juzgadas ni purgadas en este mundo y á recibir el verdadero premio ó el inevitable castigo; pero para este grandioso fin nada importa que los que nos sobrevivan sepan ó no el paradero de nuestro cadáver, que se momifique ó se desvanezca, que se mezcle con otros de atéos, ídólatras y herejes, ó con los de santos, mártires y justos. A la sonora voz de la trompeta de Azrail transmitiendo el llamamiento de Dios, surgirán nuestros cuerpos de la nada de que fueron formados, como al sublime *Fiat* todas las grandezas de la creación; que el que sostiene y guía los astros del firmamento ningún tiempo necesita para evocar ante su Augusta presencia esos millones de átomos humanos, donde brilló un instante el sello de la divinidad y que cuando les abandonó la luz celestial volvieron á ser lo que fueron anteriormente, barro y polvo, abono tal vez, y después planta, flor, perfume y rocío. Esas transformaciones y disgregaciones no son obstáculo á la reacción todopoderosa, que las dejará sin efec-

Digitized by Google

to, suprimiendo para cada persona el tiempo intermedio de la consumación de los siglos, resucitándolas á todas en condiciones idénticas á las en que fallecieron, para que comparezcan ante el Tribunal unipersonal que ha de juzgarnos á todos, sin Jurado y sin apelación. Pero no forma parte del dogma de la Iglesia, sino de su disciplina, la más laxa, la menos importante, la menos rigorosa, la menos uniforme, la designación de sepultura cristiana para los fieles, con exclusión de los que mueren bajo sus censuras ó fuera de su sagrado refugio, por lo cual ni se exhuma el cadáver enterrado en cementerio católico, del que después se venga en conocimiento que no pertenecía á la religión del Crucificado, ni se suspende el sepelio de otros hasta que se bendiga de nuevo, ni tiene el camposanto carácter de templo, ni el consejo de huir las malas compañías reza para la eterna soledad. Y si la disciplina es siempre variable para acomodarla á las circunstancias y necesidades de cada época y lugar, mucho más ha de serlo en materia tan secundaria y en el amplio sentido que proponemos para evitar todo choque, toda pugna entre los vivos por causa de los muertos.

El cuerpo es un objeto de la herencia relicta, y á los objetos inanimados no se les conceden ni se les niegan derechos y personalidad, ni se les infligen castigos ni se les confina á ningún lugar por otras razones que las de salubridad. Sin embargo, para que pueda aceptarse el derecho de elección de enterramiento ha de tener carácter público, religioso ó civil, el cementerio elegido, pues si no le tuviera desde luego se advierte que no había de expropiarse el derecho ajeno para servir el de occisión.

El carácter público del cementerio no se pierde por comprender una sola religión, siempre que en su campo se admita á todos los que fallecen, y en él no cabe hacer exclusiones por la forma en que murió y la conducta que observó el finado, que á nadie es lícito escudriñar; pues aun siendo repulsiva ú odiosa, en el seno de la muerte todo se perdona y todo sale de nuestra jurisdicción; aparte de que el cuerpo yacente

Digitized by Google

no está llamado á responder de los desaciertos ni de las maldades del aliento vital que le sostuvo en pie, ni debe servir su confinamiento ó castigo para promover entre los vivos corrientes de ejemplaridad.

Desdichados poderes el político y el religioso que necesiten como resorte de su acción ensañarse con los cadáveres, atribuyéndoles sensibilidad y sosteniendo luchas como las poco edificantes que hemos presenciado y no referimos porque están en la memoria de todos. No tan altas entidades, cualquiera persona de mediano criterio habrá de reconocer que revolverse airados contra los cuerpos occisos, equivale á procesar, como se hacía en lo antiguo, al árbol cuya rama desgajada, ó á la casa, cuyo alero desprendido, producían alguna desgracia, dando pábulo á errores vulgares y á los exclusivismos de gente egoísta y timorata que hasta después de su muerte ambiciona comodidades y privilegios para el barro letal. Verdad que las más absurdas preocupaciones dominan en esta materia como en tantas otras; pero nadie más llamados á á combatirlas, en cuanto son infundadas ó ridículas, que los poderes sociales; por consiguiente, para desterrarlas, débese evitar todo conflicto que pueda utilizarse en su apoyo y servir de pretexto á los que se agitan y conmueven al conocerle, temiendo que mañana les afecte directamente.

A este fin, nada más lógico, nada más eficaz, nada más justo, que abrir de par en par las puertas de los cementerios, quitando todo carácter público y convirtiéndole en privado, al derecho de enterramiento ú occisión. La materia de inhumaciones es la menos pública, la que menos debe importar á los muertos antes, ni á los que hemos de acompañarlos después; es la más impersonal, y si se permite el paso á los altares del recién nacido que recibe el primer sacramento por la voluntad de su familia, ¿cómo por la propia ó la normal del heredero que es llamado á sustituirla no se ha de conceder tierra sagrada al que la solicite para sus restos? Si no se niega el bautismo al hijo de un hereje, menos puede negarse acogida en

Digitized by Google

el cementerio católico á un cadáver, aunque la persona á quien perteneciera se halle fuera del gremio de la Iglesia, haya profesado ó no la religión verdadera, y muera más ó menos distanciado de sus santos preceptos, pues obra es de amor y caridad, que no hiere ningún sentimiento, que no origina ningún trastorno, que no produce el menor contagio, cerrar los ojos á toda intransigencia con los que cerraron los suyos para siempre, tratar como á hermanos, como á prójimos, á todos los que llamaron á la puerta del último refugio, y no turbar con mundanos deseos y caprichosas protestas la paz de los sepulcros.

No se conturbará en lo sucesivo, quitando importancia política y religiosa á los enterramientos, en cuanto ahora se tiende á limitarlos ó prohibirlos por razones distintas de la única atendible, que es la voluntad expresa ó tácita del finado, al que se debe dejar toda amplitud en la elección de cuanto se relaciona con el descanso de su cadáver, sin mirar si su disposición está más ó menos en armonía con sus inclinaciones y creencias, y confiando el encargo con la misma libertad, cuando nada haya dispuesto el propietario, á su heredero especial; limitándose, sin embargo, sus facultades á la elección de cementerio del culto que profesase el fallecido, si se conociera, ó del suyo propio, sobreentendiéndose para este objeto, mientras no aparezca lo contrario, que cuantos mueren en España lo hacen en el seno de la religión de Jesucristo y que todos los ciudadanos españoles comulgan en la misma fe, si paladinamente no declarasen la secta á que están afiliados.

Sobre estas sencillas bases hemos redactado, y las consignaremos como final de este monótono trabajo, las principales á que en lo sucesivo, *salvo meliori*, debe ajustarse el derecho de occisión, previa concordia con Su Santidad, el Jefe visible de la Iglesia Católica, de cuya sabiduría y bondad debe esperarse el allanamiento de toda dificultad y un deseo más ardiente que el del Estado de procurar la paz de las conciencias y el bien de ambas potestades.

Digitized by Google

Se compendian en los párrafos siguientes:

1.º Para los efectos civiles y piadosos, el cadáver es propiedad de la persona á que pertenecía en vida y se cumplirá su disposición testamentaria respecto al destino que ha de dársele, sitio y forma de su enterramiento, en cuanto no contradiga las reglas de higiene y moralidad y existan bienes con qué cubrir los gastos, no pudiendo destinar á este fin el que tenga herederos forzosos más de la quinta parte del caudal relicto, de la que se considerará la deuda más preferente. Para testar respecto al propio cadáver se necesita hallarse en la mayor edad.

2.º Si la disposición testamentaria contrariase las reglas de higiene ó moralidad, se tendrá por no escrita en cuanto las afecte, y se procurará por la Autoridad judicial municipal, prescindiendo de ella, dar al cuerpo yacente el destino que más se aproxime al deseo manifestado por el testador.

3.º Si el finado perteneciese á una comunidad, orden religiosa, sociedad, sin carácter político ó de secta, ó cofradía, en cuyo reglamento se conceda á la comunidad, sus superiores ó representantes el dominio sobre los restos mortales de aquél, no podrá disponer de ellos válidamente en testamento en cuanto contraríe la regla á que en vida se sometió, y lo mismo ha de entenderse respecto de los que, por pertenecer á una clase determinada, deben sujetarse á ciertas disposiciones ó requisitos al ser inhumados, sin que puedan impedirlo ni el testador ni su familia.

4.º Se concede al Estado, por interés público, el derecho de apropiación de los cadáveres de sus hijos más ilustres, de disponer sus funerales y de procurarles honrosa sepultura, sin otra indemnización que conceder lugar preferente y pase el más favorable de visita al panteón, si fuere preciso, á la familia del finado, con las demás atenciones que deban guardársela, incluso pagar su traslación para asistencia al entierro, coste de lutos y regreso al punto de su residencia.

En el caso de apropiación, quedará sin efecto el testamento del muerto respecto al destino de su cadáver, sin embargo de lo

Digitized by Google

cual el Gobierno procurará armonizar tal disposicion con las que adopte para honrar la memoria del difunto.

5.° El testador podrá legar su cadáver á los museos ú hospitales clínicos, disponer su cremación é incineración, señalando la persona que ha de guardar sus cenizas, y elegir el cementerio que mejor le parezca para la inhumación.

6.° Fuera de los casos de disposición testamentaria ó apropiación por el Estado de un cuerpo yacente, para el efecto piadoso de depositarle respectivamente en lugar apropiado y disponer su entierro, se designa, por el orden que se mencionan, á las personas siguientes:

1.° Al esposo ó á la esposa no separados por sentencia firme de divorcio.

2.° Al hijo ó hija soltera primogénito mayor de dieciocho años.

3.° Al padre.

4.° Á la madre.

5.° Al abuelo paterno.

6.° Al abuelo materno.

7.° Á las abuelas, con preferencia de la línea paterna y demás ascendientes.

8.° Al hermano ó hermana soltera primogénito de doble vínculo, mayor de dieciocho años.

9.° Al hermano de mayor edad, si no los hubiere de doble vínculo, ó éstos no tuviesen dieciocho años.

10. Al padrino de boda si hubiere celebrado un solo matrimonio, ó en otro caso y el de no haber contraído nupcias, á la madrina de pila ó bautismo, siendo católico; y

11. Al heredero de los bienes, cuando lo sea un extraño ó pariente no incluído en los números anteriores.

El derecho de los llamados se limitará á hacerse cargo del cadáver, disponer su enterramiento, designarle sepultura conforme á la religión ó secta á que hubiera pertenecido, y obtener por una vez su traslación de un punto á otro de la Península ó al extranjero, sujetándose á las reglas de higiene y policía, abo-

Digitized by Google

nando los gastos de propia cuenta, si voluntariamente no los facilitase el heredero de los bienes.

Cuando no existan ó no se presente heredero especial de un cadáver, el que lo sea de sus bienes debe sufragar los gastos de entierro y sepultura en la forma que señale la ley civil, y tendrá iguales derechos que el heredero especial mientras éste no les contradiga.

En la transmisión de los cadáveres ó sus restos no son admisibles la sustitución, ni el derecho de representación.

7.º No podrá el heredero especial de un cadáver disponer que se le haga la autopsia, entregarle á los hospitales ó centros de disección para fines de la enseñanza, sajetarle á cremación ó incineración, ni disponer su sepelio en cementerio distinto del católico sin autorización del Juez municipal, que sólo la concederá cuando se acredite con documento firmado por el fallecido que no pertenecía á la comunión católica.

8.º En los cementerios públicos católicos se dará cristiana sepultura á todo cadáver que se presente por persona á quien asista derecho para ello, sin otras limitaciones que las administrativas para identificar el cuerpo del finado y asegurar la inscripción de defunción y las referentes al régimen económico del camposanto; en el que también han de enterrarse los cadáveres que no puedan ser identificados y los de personas que carezcan de todo heredero, siempre que pertenezcan á la religión verdadera, ó no se justifique que pertenecieron á cualquiera secta.

9.º En los cementerios civiles, ó parte á ellos destinada, sólo se enterrarán los restos de las personas que así lo dispongan en su testamento, de las que no hayan recibido el Sacramento del Bautismo y de las que se acredite se hallan fuera de la religión oficial del Estado, para lo cual bastará la afirmación de dos testigos, si el cadaver perteneciese á algún extranjero, y de dos vecinos de la residencia del fallecido siendo español. En este último caso, si cualquiera presbítero, acreditando que el muerto había sido bautizado, pidiese se le inhumara en tierra sagrada, así lo acordará el Juez municipal.

Digitized by Google

10. Verificada la inhumación de un cadáver en cementerio católico, no podrá por ninguna causa trasladarse á otro, ó á un panteón de familia que no tenga el mismo carácter; pero los restos mortales que se hallan en cementerio no bendecido, podrán serlo á otro que lo esté, con licencia de la Autoridad eclesiástica.

11. Las reclamaciones sobre propiedad de un cadáver las resolverá de plano el Juez municipal del lugar del fallecimiento, sin perjuicio del derecho definitivo de los reclamantes, que se decidirá en juicio de menor cuantía.

12. Cuando se ejecute la pena de muerte, dispondrá el enterramiento del penado la Cofradía de la Paz y Caridad, ó cualquier otra que se encargue de hacerle provechosas las últimas horas, y no habiéndola, el sacerdote que le asista, procurando todos obrar de acuerdo con el heredero especial del reo, el que á los tres años tendrá el derecho de traslación de los restos á un cementerio igual al en que se le diera sepultura ó en el católico, si no fuera éste, con licencia del Ordinario.

13. El derecho de traslación de los restos mortales de un individuo se transmite al que á los tres años de la inhumación le correspondería el de enterramiento, y á los que en su sustitución serían llamados en todo el año siguiente si falleciera durante el mismo. A este derecho acrece el de traslación de cuantos tengan enterramiento común si la sepultura ó panteón se abrió para el primer enterramiento en fecha posterior á los veinte últimos años. Siendo el primer enterramiento de más antigüedad, obstará en todo al derecho de traslación, en el que no cabe renuncia por parte de los testadores.

13. En la orilla más próxima de un camino público ó en el terreno montuoso ó de cultivo donde ocurra un homicidio con violencia ó por accidente, se colocará, á costa de la municipalidad, una cruz de piedra que tenga cuando menos un metro de alta, y cuya conservación será obligatoria durante veinte años para excitar los sentimientos piadosos en beneficio del alma del muerto, y si el heredero especial del interfecto lo pi-

Digitized by Google

diere, se le dará sepultura en el mismo sitio, bendiciéndola si el muerto pertenecía á la religión católica, con expropiación del terreno necesario, que será de un metro de Oriente á Occidente y dos de Norte á Sur, siempre que se obligue con fiador abonado á cercar convenientemente dicho terreno, á pagar su precio y á colocar de su cuenta la cruz de piedra.

¡Descansen en paz cuantos duermen el eterno sueño, y perdónenme si pude turbarle un momento con el molesto rasguear de mi errosa pluma!

HELIODORO ROJAS

Digitized by Google

Reformas que exige el estado de nuestra legislación penal, procesal, hipotecaria, notarial y penitenciaria, y organización judicial (*).

SEÑORES:

Desde este elevado puesto que, accidental é inmerecidamente, ocupo, tengo el honor de dirigir un respetuoso saludo á los dignos funcionarios judiciales y del Ministerio público, á mis doctos compañeros de profesión, á los autorizados depositarios de la fe pública, á la honrada clase de Procuradores y á cuantos prestan sus buenos servicios auxiliando á la Administración de justicia en España.

Bien podéis creer todos que nunca se habrá sentido tanto el peso abrumador que en ocasiones impone el cumplimiento de un deber, como yo lo siento en estos difíciles y solemnes instantes, al dirigiros mi desautorizada palabra.

Acostumbrado durante más de treinta años á acercarme á á los Tribunales desde el sitio del Abogado para exponer á su sabiduría y rectitud, tan modesta como respetuosamente, las solicitudes de mis clientes, hase establecido entre los representantes de la Justicia y el Letrado, esa relación de superior á inferior, que grava en el ánimo los sentimientos de temor y de respeto, en que constantemente se han inspirado mis informes ante los Tribunales.

(*) Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Trinitario Ruiz Capdepón, Ministro de Gracia y Justicia, en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada en 15 de Septiembre de 1893.

Digitized by Google

Pensad cuál será en estos momentos el estado de mi espíritu al encontrarme honrado con la Regia confianza para levantar mi voz en tan majestuoso recinto, ante un auditorio de verdaderas eminencias jurídicas, y traerme la impía memoria el glorioso recuerdo de aquellos ilustres predecesores míos que, en bien de la justicia, para brillo de la ciencia y en honor de la Patria, han presidido antes esta augusta ceremonia.

Otorgadme, pues, toda vuestra benevolencia y oidme con resignación.

La Ley orgánica del Poder judicial no determina el asunto sobre que debo hablaros; y pensando acerca de aquellos puntos que tan magistralmente han expuesto en este acto los Ministros que me han precedido, paréceme oportuno ofrecer á vuestra ilustrada consideración una serie de indicaciones relativas á los importantes ramos y servicios que se relacionan con el departamento ministerial de Gracia y Justicia, respecto á los cuales, motivos de gobierno, y razones de conveniencia pública, me obligan á dedicar una preferente atención.

Ni lo limitado de mi inteligencia, ni mis modestos estudios, ni el cortísimo, y por cierto bien accidentado tiempo, que llevo de vida ministerial, me permitirían deciros nada nuevo. No traigo esa vana pretensión, pero sí la de acudir á vuestro patriótico y valiosísimo concurso, que he de necesitar mientras desempeñe el Ministerio de Gracia y Justicia, para que, por el bien público, me ayudéis, ó mejor dicho, me dirijáis, en la obra que considero para mí un deber inexcusable.

I

Seguro es que al oir estas palabras, vuestra imaginación se habrá fijado ya en todo cuanto os voy á decir.

Reformas que exige el estado de nuestra legislación en materia penal y de orden procesal; mejoras que requiere la organización de la buena administración de justicia; medidas que

Digitized by Google

aconseja el estado de nuestra legislación hipotecaria en bien del crédito territorial, para el mejor servicio del Registro civil y ejercicio de la fe pública; y por último, la necesidad y urgencia con que hay que atender á la corrección de los graves males que se experimentan en nuestros establecimientos penitenciarios, son los puntos esenciales que constituyen la materia de este modesto estudio.

Es notorio que cada uno de estos problemas jurídicos que dejo indicados, si hubieran de ser tratados como su importancia y complejidad exigen, os impondría á vosotros el molesto sacrificio de oirme larguísimo tiempo, y á mí la dificultad, verdaderamente insuperable, de aquel que se obstinase en realizar una obra superior á todos los medios con que contara.

No temáis, pues, que yo me detenga sobre la mayoría de los puntos indicados. Me limitaré á exponer un sumario de muchos de ellos, y á ocupar solamente vuestra benévola atención en los menos que, ó por no haber sido bastante tratados desde este sitio, ó por motivos de verdadera urgencia, estimo que demandan un perentorio examen.

Figura entre el más numeroso grupo la inmediata reforma del Código penal, que responda á dos necesidades públicas. Es la primera, la identificación de esa interesante obra, de hace veintitrés años, con la ley fundamental del Estado, en cuanto ha venido en algún punto á modificar la Constitución de 1869. Y es la segunda, la notoria conveniencia que ha de reportar á la administración de justicia, rebajando á la categoría de simples faltas varios hechos que hoy constituyen determinados delitos.

No temáis vosotros, ni tema nadie, que la primera de estas reformas pueda significar la adopción de un sistema restrictivo que rectifique el espíritu democrático que informa la política del Gobierno actual.

No piensa así ningún individuo de este Gabinete, ni menos podría pensarlo yo—perdonadme que de mí os hable—que nací á la vida política al calor de los principios y afiliado á la

Digitized by Google

bandera que en 1868 trajo un nuevo estado de derecho á este país.

La reforma del Código penal es una necesidad que puede satisfacerse dentro del espíritu de las prescripciones de ese mismo Código, consultando principalmente los adelantos de la ciencia en este importante ramo del derecho, y conciliando el más absoluto respeto á lo que nuestra Constitución declara inviolable, y á las instituciones que felizmente nos rigen, con el libérrimo ejercicio de todos los derechos del ciudadano español.

También es una necesidad—y sobre este punto es unánime la pública opinión—que deje de ser una abrumadora carga para los Tribunales el castigo de numerosos hechos que, dada su falta de gravedad é importancia, pueden ser bastante corregidos por la justicia municipal, con las convenientes garantías de acierto y justificación.

No puede obscurecerse á vuestra clara inteligencia que esas reformas, particularmente la última, exigirá desde luego la de la ley de Enjuiciamiento criminal, en la parte indispensable, y quizás aconseje la reorganización de la Justicia municipal, que, para ciertos efectos, podrá ser auxiliada con el concurso de la conciencia popular.

Paréceme poco oportuna la presente ocasión para indicaros algo de lo que hace tiempo entiendo que conviene hacer para la mejor organización de la administración de justicia, ya que desgraciadamente el estado del Erario público es una verdadera dificultad para ello.

Hay que estudiar, señores, si, jurídicamente pensando, puede aproximarse el momento de rectificar la organización judicial en España, con el objeto de llevar al procedimiento civil las notorias ventajas producidas en el criminal con la única instancia y la oralidad de los juicios, aunque sin desconocer la distinta naturaleza y los caracteres respectivos que separan los asuntos civiles de los criminales.

Problema es este que yo abordaría con suma complacencia,

Digitized by Google

porque os declaro que constituye una aspiración vehemente en mi ánimo, y una creencia en mi espíritu de buenos resultados para cuantos se hallan en el caso de acudir á defender sus derechos ante los Tribunales.

Entiendo yo que, con un período previo de instrucción escrita ante los Jueces, podría prepararse la celebración del juicio oral y público ante Audiencias encargadas de conocer de lo civil y criminal, en cuyo período se practicaran las pruebas, tuvieran lugar las alegaciones de las partes ó de sus defensores, y se dictara sentencia contra la cual sólo cupiera el recurso de casación, ó por quebrantamiento en la forma, ó por infracción de ley.

Completaría esa aspiración en este punto una reorganización de los Auxiliares de los Juzgados y Tribunales, que constituyendo el primer peldaño de la escala judicial, ingresaran mediante oposición, y fueran el plantel de donde luego salieran los funcionarios judiciales y del Ministerio público.

Más os diría acerca de este grave asunto, que en otras ocasiones se os ha indicado, si no abrigara el fundado temor de la dificultad que por hoy ofrece el planteamiento de esta reforma, que sólo me he permitido consignar como un ideal, que confío ver realizado, todavía no, pero sí quizás en tiempos no lejanos.

Otras medidas estimo que también son necesarias, tales como la adaptación de la ley de Enjuiciamiento civil á las disposiciones del nuevo Código, para que todos sus preceptos, principalmente los que constituyen una novedad en nuestro derecho sustantivo, puedan aplicarse con las garantías que ha de ofrecer una ley adjetiva.

Pero de estas reformas, y de otras que ocurran á ciertas necesidades de nuestra legislación mercantil, no considero preciso hablaros hoy, porque todavía su estudio no lo encuentro exento de dificultad, y porque, por sencillas y fáciles que algunas puedan parecer, siempre he entendido, y sigo entendiendo, que cuanto afecte á nuestro derecho, en cualquiera de

Digitized by Google

sus aspectos, requiere meditación detenida, y debe contar con el apoyo y concurso de aquellas ilustraciones de todas las escuelas y partidos que se interesen por esta obra de carácter nacional.

No siento la necesidad de ocupar vuestra atención para hablaros del Jurado, oportunamente restablecido en España.

Reformado el antiguo procedimiento criminal, sustituído el principio inquisitivo por el acusatorio, establecida la oralidad del juicio, abolidas las pruebas tasadas, entregada á la libre conciencia del Juez la apreciación de los hechos, contaba el Jurado con la necesaria preparación para ser restablecido en este país, tomar carta de naturaleza en el mismo, ser recibido como una institución hermana por nuestra justicia tradicional, y producir su aplicación los buenos resultados que en la práctica se ofrecen.

Algún detalle de la ley de su creación podría ser objeto de útil estudio, pero no entiendo que por ahora haya verdadero motivo para revisar dicha ley, que cada día aclimata más en España esa institución bienhechora para nuestras costumbres, y cuyo fundamento, así filosófico como jurídico, no se discute ya entre nosotros.

Hasta aquí os he señalado aquellos puntos más salientes en orden á reformas de nuestro derecho y á la organización de nuestros Tribunales. Verdaderamente me he limitado á meras indicaciones, que dejo apuntadas, á fin de que la opinión pública que, en todos los asuntos, ejerce una legítima y poderosa influencia, pueda manifestarse en el sentido más conveniente, y venir en su día á ilustrar estas transcendentales cuestiones.

II

Ahora, señores, voy á fijarme en algunos puntos que, tanto por no haberlos visto tratados en trabajos de esta clase, como por su importancia, estimo que necesitamos estudiar desde luego.

Digitized by Google

Refiérome á las relaciones que deben mediar entre el Ministerio que inmerecidamente ocupo y la Administración de justicia.

No voy á examinar las doctrinas de las diversas escuelas político-filosóficas que explican, bajo distintos puntos de vista, la teoría del Poder del Estado. Prescindiré del concepto del Poder, de los orígenes y elementos del mismo, de la soberanía y de tantas otras fundamentales cuestiones, que vosotros conocéis mejor que yo, y que me separarían del trabajo concreto que me propongo hacer.

Parto yo de la organización constitucional de nuestras actuales instituciones; entiendo que el Poder es esencialmente uno, pero sus funciones son legislativas, ejecutivas y judiciales, ejercidas libre é independientemente unas de otras por sus órganos respectivos, aunque relacionadas entre sí, y armonizadas por medio del Poder moderador, que en España corresponde al Rey.

Sería verdaderamente ofensivo para vuestra reconocida ilustración que yo me detuviera á tratar del distinto carácter y de las especiales funciones que tiene cada una de las citadas ramas del Poder público, y aun del doble sentido que tiene en España la Administración de justicia, que bien puede en parte conservar este nombre, y en parte ser calificada de Administración judicial, mediante á los dos aspectos en que la vamos á examinar.

Conviene determinar claramente la esfera de acción propia de los Tribunales como dispensadores de la justicia, de aquella otra en que son y deben ser considerados como parte de un orden jerárquico administrativo de grandísima importancia, en que responden á una necesidad de gobierno, por sus relaciones con el Poder ejecutivo, por ejercer la vigilancia y la inspección para que la justicia sea pronta y cumplidamente administrada, y por recibir de dicho Poder el nombramiento, ascenso, traslación y separación del personal que los componen.

Digitized by Google

No es esta una distinción que arbitrariamente hago. Surge, por el contrario, de la realidad, y reconoce como fundamento racional y jurídico, disposiciones legislativas de carácter transcendental.

El art. 76 de la Constitución reserva á los Tribunales y Juzgados exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, y no les permite ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.

Dentro de tal precepto, en ese círculo en que se mueve la acción de los Tribunales, éstos son independientes y nadie puede enmendar ni revocar sus fallos, quedando únicamente al Monarca la prerrogativa de indulto con arreglo á las leyes.

No tiene, pues, por qué inmiscuirse el Ministro de Gracia y Justicia en los asuntos judiciales que los Tribunales sentencian. Ante sus fallos es el primero en doblar la cabeza, y aun pudiera añadir que no desconoce el deber de prestar, si necesario fuese, todo su concurso para la ejecución de aquéllos.

Acerca de este particular comprenderéis que nada tengo que deciros, sino repetir esta protesta—innecesaria ciertamente—de respetar toda vuestra independencia.

Pero como me estoy ocupando de las relaciones que median entre vosotros y el Ministerio de Gracia y Justicia, he creído lo más importante consignar esa explícita y solemne declaración.

Vuestra misma independencia os impone también vuestra responsabilidad; mas no es este el punto que yo he de tratar hoy, porque antes de ahora ha sido suficientemente tratado.

En la Constitución del Estado encontraréis otro precepto cuya significación y alcance no se os oculta.

El núm. 2.º del art. 52 dice: «Corresponde al Rey: Cuidar de que en todo el Reino se administre pronta y cumplidamente la justicia»; y he aquí el asunto que ocupa esta parte de mi discurso.

Resulta innegable que el Monarca se ha reservado en este país, como en todos los que se rigen constitucionalmente, esa

Digitized by Google

facultad importantísima, esa función, que como todas las funciones del Poder, necesita órganos que la apliquen, disposiciones que la desenvuelvan, y garantías y condiciones que la lleven á la práctica.

He aquí, señores, un punto importante que os invito á estudiar y que con vuestro valioso concurso necesito resolver.

Sois sobradamente ilustrados para que me considere en el caso de presentaros aquí las disposiciones de la legislación en las naciones más importantes de Europa con referencia á este particular.

Me concretaré únicamente á recordaros algunos de los puntos más salientes de esa legislación.

En Alemania, por la ley orgánica del Poder judicial del Imperio de 27 de Enero de 1877, el derecho de inspección y de vigilancia corresponde al Canciller del Imperio por lo que respecta al Fiscal del Tribunal Supremo y á los Fiscales Imperiales; á la Administración judicial del Estado, en lo que concierne á todos los funcionarios del Ministerio público del Estado de la Confederación al cual pertenezcan; y á los Fiscales de los Tribunales regionales, en lo que se refiere á todos los funcionarios de sus respectivos distritos.

En Bélgica, por igual ley de 18 de Junio de 1869, se consigna una larga serie de disposiciones para hacer efectiva la inspección y vigilancia sobre los Tribunales, exigiendo á éstos la remisión periódica y frecuente de numerosos datos estadísticos sobre las causas y asuntos que instruyen, encargando esa vigilancia al Procurador del Rey, al Procurador general, y, en último grado, al Ministro de Justicia.

Otras disposiciones, á igual fin encaminadas, se contienen en el Código de Instrucción criminal de 17 de Abril de 1878.

En Holanda, tanto por la Constitución de 30 de Noviembre de 1887 como por la ley de Organización judicial, el Código penal y el de procedimiento también penal, se encomienda al Tribunal Supremo, en primer término, con el auxilio de los otros Tribunales, y en último grado al Rey, la vigilancia más

Digitized by Google

severa para que sean observadas las leyes por los miembros del Poder judicial.

Merecen especial consulta los reglamentos de policía y disciplina de los Tribunales en Francia por los medios que establecen para ejercer la inspección sobre los Tribunales, siendo muy de notar la facultad que concede al Ministro de Justicia la ley de Organización judicial reformada en 30 de Agosto de 1883 respecto al derecho de vigilancia y corrección sobre los Magistrados.

Italia ha establecido numerosas disposiciones en la ley de Organización judicial para que sea ejercido con la mayor eficacia el derecho de inspección que en último grado se reserva al Ministro de Justicia, y el de vigilancia que se otorga á los Tribunales superiores sobre los inferiores. El Ministerio público es allí, en primer término, el más obligado á velar por la observancia de las leyes y por la pronta y regular administración de justicia.

Por la ley de Organización de Tribunales en Portugal se dictan también varias disposiciones encargando la mayor vigilancia é inspección de los Tribunales á los superiores sobre sus inferiores, al Ministerio público, y en último grado al Ministro, y se adoptan medidas muy importantes para la debida conceptuación de los Jueces y Magistrados.

En Baviera, la Constitución de 26 de Mayo de 1818, encomienda al Rey la alta vigilancia sobre todos los Tribunales, al mismo tiempo que reconoce la independencia de éstos, y garantiza á sus individuos en el libre ejercicio de sus cargos, que sólo pueden perder por sentencia judicial.

Y no os quiero cansar más con citas de legislaciones extranjeras, porque mi propósito era únicamente dejar consignado que es opinión general que se refleja en las leyes de cada país, que en el Poder moderador, en el que corresponde á la Autoridad superior del Estado, ó en el de sus Ministros, por delegación, residen facultades para inspeccionar y vigilar la Administración de justicia, y por consiguiente, que esta es una

Digitized by Google

materia que puede estimarse admitida por todos los legisladores.

No es una excepción, pues, el precepto constitucional en este país; no sólo tiene su origen en antiguas leyes patrias, sino que recibió cierto desenvolvimiento en la orgánica de 1870 y en otras disposiciones.

Es suficiente un índice de éstas para ver hasta qué punto y por cuántos medios se determina esta altísima facultad que, como todas las que corresponden al Rey, ejercen, en su nombre, sus Ministros responsables.

El Rey nombra en España á todo el personal de la Administración de justicia, con la única excepción de los Jueces y Fiscales municipales; el Rey concede licencias, dispone traslaciones y jubilaciones de los Jueces y Magistrados, y en casos especiales también acuerda su destitución; distribuye el personal de las Salas en los Tribunales colegiados, y ordena visitas de inspección.

Por otra parte, las Salas de gobierno de las Audiencias y del Tribunal Supremo tienen varias é importantes facultades por distintos conceptos, y en esa forma, y además, mediante expreso mandato de dicha ley, velan por la administración de justicia y ejercen la conveniente inspección sobre los Tribunales y Juzgados de sus respectivos territorios.

Las circunstancias en que se publicaron en España las diversas disposiciones que existen sobre este particular, han producido el resultado de que en ninguna encontremos el completo desarrollo que exige la materia de que se trata, y el de que se advierta alguna contradicción, ó al menos cierta incongruencia entre ellas, como sucede respecto á correcciones disciplinarias; pues en tanto que la ley Orgánica establece (1) sus clases y grados, la de Enjuiciamiento civil (2), publicada con posterioridad, determina otras correcciones.

---

(1) Art. 741.

(2) Art. 449.

Digitized by Google

Hay necesidad de armonizar dichas disposiciones legislativas, y sobre todo darlas, en este punto, el conveniente desenvolvimiento para hacer más efectiva y provechosa aquella prerrogativa constitucional que encomienda al Rey el cuidado y vigilancia sobre la administración de justicia, aunque siempre partiendo del más absoluto respeto á la independencia de los Tribunales en el libre ejercicio de sus funciones judiciales.

Preciso es deslindar claramente la materia gubernativa, y dentro de ésta, lo que es potestativo de lo que es obligatorio; ó en otros términos, lo que son atribuciones y lo que constituyen deberes inexcusables para cuantos funcionarios intervienen en tales asuntos, encomendando en primer grado el ejercicio de esas facultades de inspección y vigilancia á los mismos organismos jurídicos que hoy las desempeñan, y en segundo, al Ministerio de Gracia y Justicia.

Sabido es que en nuestros Tribunales colegiados se distinguen dos entidades: las Salas de justicia y las Salas de gobierno; y que éstas, y también el Ministerio fiscal, son los que ejercen esas atribuciones, que, por su carácter, mejor estarían calificadas de verdaderos deberes.

De ninguna manera trato de limitar las facultades de dichas Salas y del Ministerio público en este punto. Mi propósito es precisamente el contrario.

Por regla general, no sólo estimo que deben continuar todas ellas, sino que creo que es llegado el momento de ampliarlas y extenderlas para que, ejerciendo una legítima influencia en cuantas determinaciones sobre nombramientos, ascensos, traslaciones, y en su caso destituciones, del personal judicial y fiscal, se adopten por este Ministerio, vengan las Salas de gobierno del Tribunal Supremo y de las Audiencias —el Ministerio fiscal forma parte de las Salas,—y lo mismo el Ministerio público, respecto á sus representantes, á compartir, permítaseme la frase, las atribuciones ministeriales que, dado el carácter de las ejercidas por los Ministros, sean susceptibles de cierta delegación.

Digitized by Google

La remisión periódica, pero frecuente, de datos relativos á la marcha y estado de todos los asuntos judiciales, la determinación de la conducta de los funcionarios que en ellos intervienen, procurada por los medios más idóneos, que por una parte alejen la idea de su desprestigio en el concepto público, y por otra funden, con la seguridad posible, un criterio sobre la cultura, probidad, celo y laboriosidad de dichos funcionarios, entiendo que serán eficaces garantías del mejor ejercicio de la inspección y vigilancia sobre la administración de justicia.

Reconozco que acerca de todo esto hay ya mucho legislado en España, pero ni me parece lo bastante, ni menos que tenga la eficacia que se necesita.

Cuando sea una verdad conocida de todos los funcionarios judiciales y fiscales que sus ventajas en la carrera dependen de sus propios merecimientos, apreciados por la rectitud de sus superiores jerárquicos, y que á esos merecimientos y á esos juicios, y no á la arbitrariedad ministerial, únicamente deberán sus ascensos y recompensas, habráse realizado un gran progreso en bien de una de las más fundamentales instituciones del país.

No participo yo, señores, de las opiniones de unos pocos, los menos por fortuna, que estiman desventajosamente el estado de la administración de justicia en España, no; pienso de contraria manera, y no lo digo así por el natural y agradable deseo de complaceros, sino porque reconociéndolo, creo ser justo, que es mi primera aspiración y mi principal deber, sobre todo cuando me dirijo á los dispensadores de la justicia.

En esta época de libre examen y de ilimitada discusión, en que hasta se ponen en tela de juicio toda clase de fundamentos sociales; cuando no siempre es la razón fría y tranquila la que controvierte, sino los intereses ó las pasiones las que disputan; cuando no hay instituciones religiosas ni políticas que no sean objeto de debate, ¿qué censuras se dirigen á la Administración de justicia en España? De la probidad de sus funcionarios na-

Digitized by Google

die se permite, no ya una palabra, sino ni la menos perceptible reticencia; de su laboriosidad é inteligencia, generalmente sin razón, se ha dicho algo, ordinariamente infundado.

Pues para que ni esto pueda repetirse, ni motivos ni pretextos se invoquen en este sentido, no extrañéis que yo, entusiasta admirador de vuestras virtudes, convencido partidario de vuestro buen nombre jurídico y celoso centinela, que tiene el deber de vigilar para ahuyentar de vosotros hasta los más remotos peligros, inspirado en estas ideas, movido por tales sentimientos, ponga á contribución mi inteligencia, para con vuestro concurso siempre, procurar que el ya alto y merecido concepto que unánimemente de vosotros se tiene, se aquilate más y más en la piedra de toque que ofrece la constante inspección de vuestra inmaculada conducta judicial.

Creed, señores, que estos son los estímulos que más me inclinan á cumplir con verdadera satisfacción mis deberes ministeriales en este punto.

Seguro estoy que cuanto más se aplique en España el precepto constitucional de vigilar por la pronta y cumplida administración de justicia, mas resaltarán la pureza, inteligencia y rectitud de sus funcionarios, más se enaltecerán los Tribunales y más quedará demostrado que la justicia, poderosa institución, base de toda sociedad culta, es aquella *raygada virtud* con que fué definida por el inmortal autor de las Partidas.

III

Antes de concluir sobre este punto, permitidme, señores, que ocupe breves momentos vuestra benévola atención dedicando algunas palabras al Ministerio fiscal. Tratándose de la inspección y vigilancia en la administración de justicia, no es posible prescindir de los excelentes servicios que acerca de este importante extremo presta dicho Ministerio. Y si para todos este silencio sería una preterición injusta, para mí resultaría un olvido imperdonable é imposible, porque está vivo

Digitized by Google

en mi memoria, con un recuerdo, quizá el más agradable de mi modesta vida pública, el tiempo que tuve la honra y el placer de compartir las funciones del Ministerio fiscal con aquellos dignísimos, ilustrados y queridos compañeros que, ó continúan en sus importantes puestos, ó se encuentran formando una valiosa parte del primer Tribunal de la Nación.

No es hablaré, señores, de la importancia del Ministerio fiscal, porque está en la conciencia pública que es un organismo indispensable para la buena administración de justicia.

Cuando á mí me cupo el honor de representarlo ante el Tribunal Supremo, pude apreciar bien de cerca, no sólo esa importancia, sino también las excepcionales condiciones que adornan á sus dignos representantes.

En aquella época tuvo lugar en España la transcendental reforma del procedimiento en los juicios criminales. Público es que al Ministerio fiscal—sin más excepción que la relativa á mi persona—se debe en una gran parte el favorable resultado que ha producido el planteamiento del nuevo sistema. Yo me complazco en afirmarlo así desde este sitio, y declarar que por ese motivo tendrá otra página gloriosa en su brillante historia.

Una de las funciones del Ministerio público es la de intervenir en la inspección de los sumarios, contribuyendo de este modo, tanto á la mejor realización de los fines de la justicia, como á llevar á la práctica la vigilancia debida para que con rectitud se administre pronta y cumplidamente.

Por esta razón, creo que los representantes del expresado Ministerio pueden prestar un poderoso auxilio al Gobierno con sus informes y noticias, á fin de que éste llene mejor sus deberes constitucionales en la materia. A este propósito, y dentro de lo que permitan las numerosas y graves ocupaciones que pesan sobre el Cuerpo fiscal—cuyo personal exige notable aumento—habrá de acudir el Ministerio de Gracia y Justicia á dichos funcionarios, esperando de su celo que cooperarán á esa obra de inspección y vigilancia que se propone realizar.

Digitized by Google

Hay un punto de vista—dice Meyer (1)—bajo el cual es de inmensa utilidad el Ministerio público. Si de una parte el Juez, como tal, debe ser independiente en el ejercicio de sus funciones, necesario es también de otra que medie un lazo que le ponga en contacto con las otras ramas del Poder soberano. El Monarca debe ejercer una superior vigilancia sobre la Autoridad judicial, que sin afectar al fondo de los negocios en cada caso particular, le permita, sin embargo, ofrecer á su consideración, no como motivo preponderante ni de orden decisivo, sino como argumento, todo aquello que importa al interés público que sepa, sin perjuicio de apreciarlo según su valor y rectitud. Proceder en esto directamente sería dar á la indicación un carácter de mandato que cohibiría la conciencia del Juez ó la excitaría en un sentido exagerado y perjudicial á su independencia, mientras que presentada por el intermedio de un funcionario, órgano del Soberano, le deja toda su libertad de opinión sin compromiso para con el Poder ó la parte, según la acepte ó la rechace.

Por eso dijo ya la ley Orgánica que el Ministerio fiscal tendría la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder judicial, y esas mismas opiniones de Meyer sustentan ilustres pensadores, como D'Aguessau, D'Eyrault y otros eminentes hombres políticos y notables jurisconsultos españoles.

La inspección y vigilancia que por delegación del Monarca corresponde ejercer al Gobierno sobre la administración de justicia, y que el Gobierno necesita confiar á los Tribunales superiores sobre los inferiores por medio de sus respectivas Salas de gobierno, ha de encomendarse en una parte muy principal al Ministerio público, que ya la ejerce en la actualidad, y cuya misión, en este punto, todavía es necesario ensanchar, con la seguridad, que desde luego todos abrigamos, de que será tan

(1) *Inst. judic.*, t. 4.°, pág. 310.

Digitized by Google

eficaz y provechosa como es de esperar de las grandes condiciones de celo, laboriosidad é inteligencia, que constituyen verdaderas virtudes, de los funcionarios fiscales.

IV

El Ministro que tiene la honra de hablaros, además de mantener relaciones directas con los Jueces y Tribunales en cumplimiento de sus propios deberes, las mantiene de una manera constante y frecuente para que ejerzan una activa vigilancia sobre importantísimas instituciones, creadas con el alto fin social de garantir y asegurar, no sólo la propiedad territorial y los derechos de ella derivados, sino también la manifestación del ciudadano sobre los diversos actos y las relaciones jurídicas que se derivan del nacimiento, del matrimonio, de la muerte, de la nacionalidad y de la vecindad, que son las que constituyen y fijan el estado civil y la personalidad individual.

Habréis comprendido que me refiero al Registro de la propiedad, al del Notariado y al civil, que han contribuído y contribuirán cada día más á evitar, ó por lo menos disminuir, el número de las infracciones del derecho privado, y por consiguiente las diferencias ó contiendas entre particulares, en bien de la vida normal del derecho.

Por eso las leyes han querido que el Registro de la propiedad, el Notariado y el Registro civil, se hallen bajo la inmediata inspección y salvaguardia de los Jueces y Tribunales, como delegados del Gobierno que les comunica las instrucciones convenientes para el acertado cumplimiento de las leyes, por conducto y con la importante cooperación de un Centro directivo, común á las tres instituciones, organizado, no como los demás Centros de la Administración activa del Estado, sino á la manera en que lo están los Juzgados y Tribunales en cuanto á las condiciones rigorosas señaladas para el ingreso, ascenso é inamovilidad de los funcionarios que lo constituyen.

Digitized by Google

Estando tan persuadido de la importancia de las citadas instituciones, no debéis extrañar que haya dirigido mi atención hacia el estudio de las respectivas leyes por que se rigen y resultados generales que en la práctica produce su aplicación.

Muy corto es el tiempo de que he dispuesto, desde que por la bondad de S. M. ocupo este elevado cargo; pero como vengo hace largos años dedicado al ejercicio de la abogacía, paréceme que puedo indicaros algunos de los vacíos é inconvenientes más capitales que ofrecen esas leyes—que ciertamente significaron grandes progresos jurídicos—cuyos males requieren pronto remedio, que hoy me limitaré á apuntar sumariamente, porque no otra cosa consiente el carácter de la presente solemnidad.

Empezando por la ley Hipotecaria, que, como sabéis muy bien, no trató sólo del derecho de hipoteca, sino que tuvo por objeto la organización del Registro de la propiedad inmueble, he de señalar, ante todo, á vuestra ilustración una gran deficiencia que ya notaron en este mismo lugar dos de mis ilustres predecesores, los Sres. Romero Girón y Canalejas.

Si recordáis sus magistrales discursos, no habréis olvidado tampoco cuánto encarecieron la necesidad inmediata y urgente de la formación de un Catastro jurídico de la propiedad territorial.

No desconozco los grandes obstáculos que hay que vencer para que nuestra Nación llegue en breve espacio de tiempo á poseerlo en bien de la propiedad inmueble, sobre todo para facilitar el desarrollo de la riqueza de nuestro suelo. Cuantos esfuerzos se hagan para conseguirlo han de ser pocos, comparados con los extraordinarios beneficios que el planteamiento de esa mejora ha de producir, porque, á mi juicio, todas, ó la mayor parte de las censuras que se dirigen á la ley Hipotecaria, y al Registro de la propiedad en especial, reconocen por base la falta de un verdadero Catastro.

Mientras se carezca de él, serán estériles é infructuosas

Digitized by Google

cuantas reformas se intenten para acallar aquellas censuras; y desde luego será preciso renunciar al pensamiento tan seductor de *movilizar el crédito territorial* mediante la emisión por el propietario de cédulas hipotecarias para transmitirlas por endoso al portador, fundándose en la admirable teoría de la *hipoteca independiente ó sustantiva*, que con tan excelentes resultados existe en Prusia, y cuya legislación sirvió, hace más de treinta años, de tipo ó patrón á nuestra ley Hipotecaria.

Por eso entiendo que debe completarse ésta de acuerdo y en armonía con la legislación modelo, en vez de derogarla, como algunos pretenden, y sustituirla por el sistema australiano, conocido también con el nombre de *Acta Torrens*, el cual, prescindiendo de los grandes inconvenientes que ofrece en algunos puntos, exige necesariamente la formación previa de un Catastro de la propiedad territorial.

Y al hablaros de este sistema no puedo menos de recordar la oposición que se ha hecho á la parte del mismo que trata de reunir en una misma persona las funciones de Registrador y de Notario.

Acerca de novedad tan transcendental, sólo he de decir en este momento que no conozco ningún pueblo de Europa que la haya admitido, y que, por el contrario, al procederse en Prusia en 1863 á la gran reforma de las leyes sobre la constitución de la propiedad territorial, sobre el derecho de hipoteca y sobre el Registro de la propiedad, se desechó la idea, propuesta durante la discusión en los Cuerpos Colegisladores, de que se admitiesen á inscripción los actos y contratos de transmisión y gravamen de bienes inmuebles celebrados privadamente, aceptándose, en cambio, el principio de que los referidos actos y contratos debían constar en documentos auténticos otorgados ante Notario ó autorizados por cualquiera otro funcionario dotado de la fe pública, pero distinto siempre del Registrador.

Ningún temor debe abrigar, por consiguiente, el Notariado español de la creación del Catastro, ni de las consecuencias que su planteamiento ha de llevar consigo en la organización

Digitized by Google

del Registro de la propiedad, y en las instituciones destinadas á movilizar el crédito inmueble.

La reforma del procedimiento ejecutivo impónese, asimismo, como exigencia legítima del crédito territorial. La experiencia tiene acreditado, en efecto, cuántos recursos ofrece todavía el tít. 15 del libro 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil á la mala fe de un deudor para dilatar años enteros la terminación del juicio por venta ó adjudicación.

Esto no debe continuar así, so pena de alejar el capital de la hipoteca para encaminarlo en busca de otras combinaciones, como la del pacto de retroventa, si más censurables ante una sana moral, más eficaces también que el juicio que por antonomasia lleva el nombre de ejecutivo, dirigido contra el deudor cuando deja incumplidas sus obligaciones.

No es de este lugar exponer el sentido de esa reforma, y menos descender á detalles. Baste consignar el principio de que la acción hipotecaria necesita un procedimiento especial para su desenvolvimiento y ejercicio. Al efecto, hay que estudiar las excepciones que á esa acción puedan oponerse, si podría suprimirse la segunda instancia, eliminar la mayor parte de las diligencias de la primera, como la del embargo de la finca hipotecada y su consiguiente anotación en el Registro, y establecer que sólo paralizaría el curso del procedimiento la tercería que se presente apoyada en título inscrito de fecha anterior á la hipoteca.

Y si á este principio acompaña una sanción penal contra el litigante temerario (sanción que se echa de menos en nuestro derecho procesal), es indudable que se facilitaría el desarrollo de la acción hipotecaria afirmando el crédito territorial que, si busca solidez en la garantía, también anhela que la insolvencia del deudor halle eficaz y rápido correctivo para prevenir las arterías y amaños de la mala fe.

Otras de las disposiciones que reclaman urgente modificación, son la relativa á la facultad que tienen los Registradores de la propiedad para calificar los títulos sujetos á inscrip-

Digitized by Google

ción, y á los recursos que contra esa calificación pueden utilizarse.

Limitada aquella facultad, según la terminante letra del art. 18 de la Ley, á la capacidad de los otorgantes y á las formas extrínsecas de las escrituras, hase extendido, no obstante, con más ó menos fundamento legal, pero en absoluto, á las formas intrínsecas, y también, aunque con algunas restricciones, á los documentos emanados de Autoridades judiciales, no siendo fácil establecer una línea divisoria ni dictar reglas precisas para determinar los límites de esa misma facultad.

Por este motivo se han producido no pocos conflictos, así entre el público y los Registradores, como rozamientos entre estos funcionarios y los Jueces y Tribunales, que, unas veces con razón, y otras acaso exageradamente, se estimaron como un ataque á la santidad de la cosa juzgada, ó, por lo menos, una intrusión en funciones privativas del Poder judicial, dada la resistencia á inscribir documentos del mismo emanados.

Si se debe ó no restringir esa facultad aplicando en toda su pureza el art. 18 de la Ley, tal como fué competentemente explicado (1) por un insigne maestro, que dignamente ocupó este sitial y que fué individuo de la Comisión que redactó el proyecto de Ley Hipotecaria, ha de ser objeto de atento estudio por mi parte con el vehemente deseo de satisfacer las exigencias de la ciencia, atendiendo, además, tanto al interés de terceros, como al de los mismos otorgantes.

Con igual deseo he de meditar acerca de las modificaciones que urge introducir en todo cuanto se relaciona con el recurso llamado gubernativo contra la calificación de los Registros. En él intervienen en primera y en segunda instancia el Juez y el Presidente de la Audiencia, no como funcionarios del Poder judicial, sino como delegados de la Dirección de los Registros; Centro meramente administrativo, y que hasta cierto punto

(1) Página 530 de la Ley Hipotecaria, comentada por D. Pedro Gómez de la Serna.

Digitized by Google

ejerce funciones muy semejantes á las judiciales, toda vez que decide, en último término, la contienda entre el Registrador que niega ó suspende la inscripción ó anotación de un documento, y el interesado en él, que cree tener derecho á que sea debidamente registrado. A pesar de no ser apelables estas resoluciones ni en la vía administrativa ni en la contenciosa, el derecho vigente permite que, con mengua del prestigio del Centro directivo, del Presidente de la Audiencia y del Juez, que á las veces unánimes entendieron acertada la calificación del Registrador, pueda darse el caso de que sus acuerdos queden sin efecto, si bien de un modo indirecto, mediante el fallo de un Juez municipal en funciones del de primera instancia, dictado en pleito en que ni la Dirección, ni siquiera el Registrador, hayan sido parte.

Semejante estado de cosas no debe continuar, y á mejorarlo en muy corto plazo he de dedicarme con ahinco.

V

Afortunadamente la institución de la fe pública extrajudicial se halla sólida y sabiamente organizada por la ley de 30 de Mayo de 1862, cuyos principios fundamentales están al abrigo de toda discusión y de toda reforma.

Esto no quiere decir que no sean susceptibles de algunas modificaciones en su aplicación y desarrollo. Me propongo estudiarlas detenidamente, porque no dudo que contribuirán á enaltecer una clase del Estado que, á partir de la referida Ley, viene elevándose lenta, pero constantemente, en dignidad y cultura.

La más urgente de dichas modificaciones es la que afecta á los Notarios de poblaciones de escaso vecindario, para que se les permita el desempeño de cualquier empleo retribuído con sueldo del Estado, de la provincia ó del municipio. Importa, á mi juicio, suavizar en este sentido el rigor de los preceptos legales, porque sin menoscabo del ejercicio independiente de la fe pública, los Notarios pueden encontrar medios decorosos

Digitized by Google

de atender á las necesidades de la vida en aquellos pueblos donde la poca contratación no ofrece suficiente retribución. Así se favorece, al propio tiempo, á muchas poblaciones que, por esa misma causa, carecen en la actualidad de un funcionario tan indispensable para la vida jurídica de sus habitantes.

VI

Pero si la ley porque viene rigiéndose el Notariado hace más de treinta años no requiere, á mi juicio, grandes ni inmediatas reformas, no sucede lo propio con la que ha introducido en nuestra Nación la importante institución del Registro del estado civil de las personas.

Aprobada con carácter provisional por las Cortes Constituyentes en 17 de Junio de 1870, para satisfacer exigencias y necesidades del orden político creado por la Constitución de 1869, fué necesario también plantearla de un modo provisional ó transitorio bajo la presión de las mismas circunstancias, por cuyo motivo dejaron de aplicarse muchos de sus preceptos, especialmente aquellos que el legislador estimó más eficaces para que apareciera, desde luego, la superioridad jurídica de los nuevos Registros civiles sobre los antiguos eclesiásticos.

Quiso la ley que los libros en que hubieran de extenderse las actas ó inscripciones relativas á nacimientos, matrimonios, defunciones y cambios de nacionalidad, fueran talonarios, uniformes para toda España, publicados bajo la inspección del Gobierno y que se llevaran por duplicado, uno de cuyos ejemplares hubiera de conservarse en la oficina del Registro y otro en el archivo del Tribunal de partido, con el doble objeto de evitar cualquier fraude ó falsedad, y de que pudiera examinarse y revisarse el contenido de dichos libros anualmente por la Autoridad judicial.

Pero estos preceptos tan importantes de la Ley, se hallan todavía sin haberse cumplido una sola vez. Las actas é inscripciones se extienden en cuadernos de papel común por los mismos

Digitized by Google

encargados de las oficinas, llevando un solo ejemplar, y careciendo, por tanto, esos documentos de las garantías necesarias para dar á la nueva institución aquella respetabilidad más indispensable.

Indudablemente por el apresuramiento con que se llevó á cabo la redacción y discusión de la ley, observáronse bien pronto en ella importantes omisiones que hubo necesidad de reparar, á medida que las exigencias de la vida práctica las han puesto de manifiesto, mediante disposiciones dictadas por mis dignos predecesores en diversos tiempos y bajo distintos criterios, no muy conformes á veces con el del eminente jurisconsulto, autor de la misma, y con los principios fundamentales de la nueva institución.

Con la publicación del Código civil parecía quedar organizado de una manera definitiva y estable el Registro; pero la verdad es que, á pesar de aquel notable acontecimiento legislativo, sigue siendo poco lisonjero el estado en que se encuentra, entre nosotros, nna institución que es hoy universalmente considerada como la base y fundamento de los derechos de las personas en la vida social.

En efecto; varios de los preceptos contenidos en el Código, como los relativos á los modos de adquirir, perder y recuperar la nacionalidad española, se hallan en oposición con los de la ley del Registro; otros requieren ampliación y desarrollo, como el que hace obligatoria la inscripción de la vecindad, y son bastantes los que para su realización en la práctica piden el señalamiento de formalidades, trámites y procedimientos. Baste citar, entre otros, los que tratan de la legitimación, de la emancipación, del beneficio de la mayor edad y de la concesión de cartas de naturaleza; materia esta última que viene rigiéndose todavía por las vetustas é incompletas reglas consignadas en la Novísima Recopilación, que son además incompatibles con nuestra actual organización política y administrativa.

Urge, pues, terminar la situación verdaderamente anormal y transitoria en que, desde hace más de veinte años, se encuen-

Digitized by Google

tra una de las instituciones más fundamentales del orden civil y político, cuyo establecimiento significó gran mejora jurídica, pero que necesita importantes reformas, aprovechando las enseñanzas de la práctica y los progresos realizados en esta parte del derecho moderno por las demás naciones.

VII

El examen de algunas de las cuestiones penitenciarias, ya que desde 1887 pasó á formar parte del Ministerio de Gracia y Justicia la Dirección general de Establecimientos penales, ha de ocupar también vuestra ilustrada atención.

Hay entre las imperfecciones de nuestros organismos jurídicos una, que, como imperfección humana, parece irremediable. Me refiero á la prisión preventiva, que sin ser pena, tiene todas las formas de la de privación de la libertad.

No hace mucho tiempo que esta privación, por las dilaciones del procedimiento, llegaba á convertirse en una pena aflictiva; y hoy, que en este particular registramos un progreso indiscutible, la frecuencia en la aplicación de la prisión se advierte al ver en una estadística (1) que de 84.122 procesados, sólo 25.200 estuvieron en libertad bajo fianza. Los 58.922 restantes sufrieron: 21.437, menos de tres meses de prisión provisional; 18.698, más de tres meses y menos de seis; 10.020, de seis á nueve meses; 4.306 de nueve á doce, y 4.461, más de un año.

Aun pudiera añadirse, toda vez que el dato económico tiene ahora un valor excepcional, que el importe de esa prisión se traduce en una cifra de 4.820.570 pesetas, y que, reduciéndola en un 25 por 100 por actividad en los procesos ó por una reforma legislativa, se economizarían 1.205.141 pesetas.

«Imponer á un hombre una grave pena, como es la priva-

(1) Aunque dicho trabajo, que comprende seis años, de 1883 á 1888, no tiene carácter oficial, está hecho por un distinguido escritor, y los datos que le sirven de base tienen dicho carácter.

Digitized by Google

ción de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia. Hacer al malo peor, como en el presidio, es culpa grave; pero hacer malo al bueno, como en la cárcel, y esto invocando el derecho y la justicia, ¿qué nombre merece? ¡Oh! Si se escribiera la historia de la prisión preventiva, se leería en ella una de las más terribles acusaciones contra la Sociedad» (1).

Convengamos, señores, en que la aplicación innecesaria de la prisión provisional constituye una de las más dolorosas deficiencias del procedimiento, que es urgente y humanitario reformar adelantando lo posible el día en que lo que hoy se aplica como regla, signifique sólo una excepción.

Permitidme que al ocuparme de estos asuntos os recuerde el proyecto de Ley de Prisiones presentado al Senado en 7 de Abril de 1888, con cuyas transcendentales reformas empezó á desenvolver su pensamiento legislativo mi inolvidable maestro, y en aquel entonces Jefe, Sr. Alonso Martínez, de venerable memoria; también os he de recordar el proyecto de Manicomios judiciales, igualmente iniciado en época del Sr. Alonso Martínez, pero después redactado y presentado á las Cortes en 20 de Febrero de 1889 por mi ilustre predecesor el Sr. Canalejas.

Cuando esos trabajos se empezaron á preparar, cabíame la honra de ocupar la Subsecretaría del Ministerio de Gracia y Justicia, y de tener á mi cargo la Dirección general de Establecimientos penales. No me satisfice entonces conociendo de lejos las necesidades administrativas en esa materia, y las estudié de cerca en la misma realidad, llevando á cabo diversas visitas de inspección.

Aquellas impresiones, algunos estudios, y la obligación de reanudarlos nuevamente en cumplimiento de las funciones de

(1) Doña Concepción Arenal.

Digitized by Google

mi cargo, me llevan á exponer ante vosotros, aunque sea de pasada, las condiciones y exigencias del problema penal.

En nuestros presidios y cárceles correccionales se albergan hoy, según los datos de 31 de Julio último, 17.052 penados, que se clasifican del modo que aparece en el Apéndice.

Comprende esta población desde los jóvenes para quienes se destinó un establecimiento especial, el de Alcalá de Henares, si bien en algunas cárceles correccionales se hacinan con los penados adultos y hasta con los ancianos, inválidos y enfermos crónicos,

La situación de los primeros me aconseja reproducir una parte del preámbulo del mencionado proyecto de prisiones. «Las colonias para jóvenes delincuentes—dice—si no estuvieran consagradas por la opinión unánime de los penitenciaristas, deberían plantearse con la mayor urgencia, pues el penal de Alcalá de Henares, destinado á los jóvenes, acusa una de las más altas cifras de mortalidad, 54,084 por 1.000; y del total de las defunciones, el 63,92 por 100 corresponde á la tuberculosis.» En cambio la situación de los enfermos se normalizará pronto, complaciéndome en anunciaros la próxima inauguración de la Penitenciaría-hospital en el Puerto de Santa María.

VIII

Otra clase de reclusos de nuestros establecimientos carcelarios y presidiales merece un interés inmediato. Me refiero á los llamados locos delincuentes ó delincuentes locos, á los que enloquecen durante el cumplimiento de la condena y á los exentos de responsabilidad por causa de enajenación mental.

Estadísticamente podría demostraros que las previsiones que aconsejaron la presentación del proyecto de ley de Manicomios judiciales, resultan justificadas. El número de exentos de responsabilidad aumenta de día en día, lo cual no acusa una variación de criterio en los Tribunales, sino una confirmación de que las enfermedades de la mente se generalizan

Digitized by Google

en nuestro país, como en casi toda Europa. En la Real orden de 27 de Julio de 1870 encontraréis la primera iniciación de este hecho. Declárase en ella que al principio se consideró que con sesenta plazas para enfermos de ambos sexos, había suficiente á subvenir las necesidades de nuestro país y estas sesenta plazas se convirtieron en doscientas, número de albergados en aquel entonces en el Manicomio de Santa Isabel de Leganés.

Calculad por esto si es indispensable una ley como la que fué aprobada en el Senado, y si es más indispensable todavía el establecimiento de un manicomio judicial. Satisfecho me siento—perdonadme que así os lo manifieste—de haber obtenido la aprobación de mi antiguo Jefe, para suscribir la Real orden comunicada de 4 de Agosto de 1887, en que se declaró ilegal la permanencia de los locos en las cárceles después de conocer el auto del Tribunal competente declarando esa locura; pero esta satisfación no mitiga la pena que me produce el saber que por deficiencia de nuestra legislación en la materia, y por falta de un manicomio especial para estos fines, muchos locos permanecen indebidamente en nuestras cárceles y presidios, sin medios de separación de los demás reclusos y privados de las condiciones que la ciencia estima indispensables para su debido tratamiento.

La necesidad de un remedio pronto me aconseja concordar las disposiciones legales que considero suficientemente expresivas para definir las distintas obligaciones de la Administración central y de la provincial, y mantener como criterio el sostenido por un Sr. Senador (1), muy competente en materias administrativas, sobre todo en las de Beneficencia, cuando se discutió el proyecto á que me he venido refiriendo. Este criterio se reduce á que el único manicomio del Estado se convierta en manicomio judicial.

---

(1) Sr. Hernández Iglesias.

Digitized by Google

IX

Y vamos á la parte más difícil del problema: la que comprende á todos los penados no incluídos en las categorías anteriores, la que realmente abarca toda la cuestión jurídica.

Ocioso sería teorizar sobre el asunto ó dirigir la mirada á los países que nos ofrecen la contemplación de un programa realizado. Ya no es tiempo de digresiones eruditas, ni es permitido enamorarse de imposibles. La reforma penitenciaria debe ser, no como el ideal la representa, sino como la realidad nos la impone. Por eso en vez de detenerme en la enumeración de los sistemas tantas veces referidos, ó de tratar las soluciones más recientes de la escuela positiva del derecho penal, voy derechamente á las tendencias manifestadas en nuestra legislación, y sobre todo á las posibilidades de que se cumplan.

De un lado, y como más antigua, aparece la reforma celular estatuída en el Real decreto de 4 de Octubre de 1877.

Previamente os declararé que no existe, en mi concepto, una manera de dignificar la personalidad humana y un modo de corregir como los que se obtienen en las penitenciarías celulares; y para no deciros cómo entiendo la práctica de un procedimiento tan delicado, me limitaré á manifestar mis simpatías por el que se sigue en Bélgica, que es por excelencia el país de la celda, condensando además mi pensamiento en una fórmula suficientemente expresiva. Para mí todo procedimiento penitenciario debería reducirse á la práctica racional de la celda.

Ahora bien: ¿se halla esta práctica á nuestro alcance? Hablando con sinceridad, bien se puede decir que ni nos la permite nuestra experiencia, ni nos la consiente nuestro patrimonio. Esta reforma, antes que una cuestión jurídica, es una cuestión de presupuesto. Puede calcularse que las cárceles de procesados exigen 22.000 celdas, las correccionales 6.000 y los presidios 15.000. Tenemos construídas 1.869 celdas en las cárceles, 112 en la casa corrección de mujeres de Alcalá de Hena-

Digitized by Google

res y 204 en el presidio de San Miguel de los Reyes. Nos hacen falta 40.815, que importan, partiendo de lo más barato que se pueden hacer, 122.400.445 pesetas.

Quiere decir que el desarrollo de la reforma celular es por lo costoso muy lento, y que si hubiéramos de encomendarnos á esta solución, la obra acabada representaría un esfuerzo de muchas generaciones.

Contamos nosotros con diecisiete cárceles celulares, y dentro de poco ascenderán á treinta; dos, verdaderamente magníficas, las de Barcelona y Valencia.

Una solución nos brinda el proceder seguido en algunos países que han procurado transformar sus prisiones de hacinamiento en prisiones de clasificación. El proceder se halla á nuestro alcance; pero bueno es advertir que su desarrollo no puede llegar adonde quieren algunos optimistas, confiados en que la clasificación sustituya en parte las ventajas de la celda.

Sin detenerme en otro pormenor, indicaré que la regla del silencio, que ha sido considerada en cierto modo como sustituyente del aislamiento celular, no es practicable. Fácilmente se comprende; pero si se necesitara comprobar esta aseveración, bastaría observar que Inglaterra, para mantenerla, ocupó 142 empleados en una población de 1.100 reclusos, y al fin renunció á su practica.

Fijémonos, pues, en nuestra situación presente. Dentro de nuestra carencia de sistema penitenciario, y dados nuestros establecimientos, hay dos sistemas incompletos. Es el uno el tradicional, que dimana de la época de nuestros presidios militares, que se sigue en Ceuta y en los presidios menores de Africa, y que ofrece de particular el ser como un modo espontáneo del sistema progresivo. Es el otro el común de nuestras cárceles y presidios de la Península.

Aquél, con sus muchas deficiencias, que no he de enumerar, tiene en su abono las utilidades que reporta. Este, con todos los inconvenientes y sin las ventajas del primero, ó peca

Digitized by Google

por exceso de represión ó por exceso de tolerancia, de tal modo, que si para muchos la prisión es una tortura física y moral, para algunos llega á ser algo semejante á un premio mayor en la lotería de la pena.

Es de tal índole el sistema económico de nuestra organización penitenciaria, que á más de un penado, con las facilidades que esa organización le brinda, le ha sido posible labrarse una fortuna convirtiéndose en empresario de taller. En general y económicamente, predomina un proteccionismo tan singular, que el penado explota á la Administración.

El Estado no da lo que una organización penitenciaria se merece para cumplir principalmente sus fines jurídicos. Esa negación puede ser determinante de otras negaciones en la mecánica ignorada de los hechos. Donde falta sistema, impera el convencionalismo del desorden.

Carecemos de un régimen educador que nos consienta regenerar y redimir á tantos jóvenes delincuentes como se corrompen en las cuadras de nuestras cárceles; no tenemos un sistema penitenciario que ofrezca á los delincuentes adultos un motivo humano de regeneración; tampoco tenemos un sistema de privación de libertad que reduzca al hombre á su contemplación interior para reintegrarse á su propio arbitrio; no contamos con el poderoso concurso de sociedades redentoras, tan necesarias y eficaces en los países bien organizados; no hemos conseguido ni aprovechar los medios disponibles para poner en práctica algo que se aproxime á la idea nueva; nuestra obra, en fin, se halla por hacer.

Y al manifestarlo sinceramente, no lo hago por mostrar el mal, sino para indicar la necesidad y urgencia del remedio.

Es mi propósito en esta etapa de mis funciones administrativas reanudar las tareas que anteriormente inicié bajo la entonces luminosa dirección del eminente jurisconsulto que ya no existe, renovar los proyectos legislativos de aquella época y emprender resuelta y enérgicamente una campaña de organización.

Digitized by Google

Para intentarla contaré primeramente con nuestros recursos propios, á fin de no ponerme á distancia de la realidad; y en vez de buscar innovaciones más ó menos impracticables, me limitaré á dar impulso á los proyectos comenzados y á facilitar las tendencias iniciadas en nuestra legislación adaptables á nuestros medios administrativos.

Esta es la conducta que sobre estas materias me propongo seguir, contando con la ilustrada y laboriosa cooperación, no sólo del Centro directivo del ramo, sino también con la valiosa ayuda de cuantos se interesan, tanto por la buena administración de la justicia penal, como por que ésta produzca saludables efectos para la sociedad y para el que ha tenido la desgracia de delinquir.

X

Preciso es terminar este trabajo que, aparte de las deficiencias de que, por ser mío, adolece, he realizado en momentos de apremio y sin la necesaria tranquilidad, por las difíciles circunstancias en que he venido al Ministerio.

Nuestra situación económica ha impuesto grandes sacrificios á todas las clases del Estado, y ciertamente que no ha sido pequeño el que ha correspondido á numerosos funcionarios judiciales y fiscales, desde algunos preclaros miembros del Tribunal Supremo, hasta bastantes, modestos, pero muy dignos Jueces de entrada.

Más de una vez, en los escasos días que llevo de vida ministerial, he sentido desfallecer mi ánimo ante las reducciones de personal y las supresiones de Juzgados que la ley me obligaba á acordar, porque conociendo, como conozco, la posición privada de vuestra virtuosa clase, comprendía hasta qué extremo afectaban esas economías á vosotros y á vuestras honradas familias.

Una esperanza me ha dado fuerzas para sobrellevar estas verdaderas amarguras. Entendía y entiendo que las contrariedades que á vosotros en primer término, y á mí después—si

Digitized by Google

bien moralmente no menos,—impusieron las circunstancias, pueden ser pasajeras, y que una bien meditada, aunque urgente reforma en el presupuesto de obligaciones del Ministerio de Gracia y Justicia, con la positiva mejora que se descubre en la situación económica general, han de permitir al Ministro del ramo un pronto remedio á esos graves males.

He aquí el punto que más me preocupa, porque es una de las más apremiantes necesidades actuales y la aspiración mía de mayor estímulo.

No se ha borrado de mi memoria el grato recuerdo que dejó en mi alma vuestro abrazo de bienvenida al formar parte, como Fiscal, del Tribunal Supremo; tampoco se han entibiado los afectos que me inspiró vuestra simpática y respetable compañía, y á estos lazos del sentimiento que á vosotros me ligan, únense los respetos y hasta la veneración con que un Ministro del Rey ha de mirar y mira á los encargados de la administración de justicia.

Sin vosotros no hay posible sociedad; sin vosotros no puede ni siquiera concebirse que el Estado cumpla sus importantes fines de realizar el derecho.

En nombre del Rey administráis la justicia; así lo han dispuesto nuestras antiguas y modernas leyes, rindiendo el más alto tributo á la grandeza de vuestra misión, que de esta manera significativa y elocuente une y realza en una majestad suprema, la majestad Real y la majestad de la Justicia.

TRINITARIO RUIZ CAPDEPÓN.

NOTA.—A continuación del discurso se publican como Apéndice ocho estados con los resúmenes de los asuntos civiles y criminales despachados por el Tribunal Supremo, las Audiencias territoriales y de lo criminal y los Juzgados de primera instancia y municipales de la Península é islas adyacente durante el año judicial, y el de la población penal que en el mes de Julio último existía sufriendo condena, haciendo en el último el siguiente

Digitized by Google

RESUMEN GENERAL

DE LOS

ASUNTOS JUDICIALES SEGÚN SU CLASE Y SEGÚN LOS TRIBUNALES EN QUE TERMINARON

TRIBUNALES EN QUE TERMINARON	Asuntos civiles.	Asuntos criminales.	TOTAL GENERAL
Tribunal Supremo	698	1 851	2.549
Audiencias territoriales	2.909	25.869	28 778
Audiencias de lo criminal	»	31.274	31.274
Juzgados de primera instancia	41.562	81.388	122.950
Juzgados municipales	160.089	64.078	224.167
TOTALES	205.258	204 460	409.718

Madrid 14 de Septiembre de 1893.—*El Subsecretario interino,* ANTONIO DÍAZ CAÑABATE.

Digitized by Google

ESTUDIO SOBRE LA PATRIA POTESTAD *

CAPITULO II

HECHOS QUE ORIGINAN EL NACIMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD

Al explicar las bases sobre que descansa el plan del presente examen filosófico, dijimos que las acciones humanas son la fuente principal de las relaciones jurídicas, y que también pueden serlo indirectamente los fenómenos de la naturaleza inanimada. Teniendo presente esta doctrina y la definición que hemos dado de la patria potestad, se comprende que el nacimiento de esta institución no puede ser determinado por los indicados fenómenos, porque la fuente de la relación jurídica que la constituye no puede ser otra que la existencia de un ser necesitado de las condiciones precisas para su desarrollo físico y espiritual; hecho pura y exclusivamente humano.

El nacimiento del hombre es, pues, el hecho principal que origina el de la patria potestad, sin necesidad del concurso de ninguna otra circunstancia, ni de la voluntad de los sujetos de la relación, por ser ésta, dada su índole, de aquellas que la naturaleza establece por la virtualidad de sus propias leyes; de donde se sigue que es una relación necesaria, no en el absurdo sentido de que no pueda faltar nunca para aquellos seres de ella necesitados, sino porque constituye una exigencia de la misma naturaleza, de realización indispensable para la completa consecución del fin humano, y cuyo incumplimiento lleva im-

* Véase la página 490 del tomo 82 de la REVISTA.

Digitized by Google

plícita una ineludible sanción, que se traduce para los padres, fuera de la sanción de la ley positiva, en el rebajamiento moral que produce siempre la contravención á la ley del deber, y para los hijos en un incompleto desarrollo, que trae consigo una degradación en todas las facultades físicas y espirituales, y en definitiva un marcado quebranto de la integridad del ser humano.

Al indicar que el nacimiento es el *principal* hecho originario de la patria potestad, se deja entender que no es el único, y en efecto, también lo es la *adopción*, en virtud de un fundamento perfectamente filosófico, cual es la natural aspiración de tener hijos y de consagrarles ese tesoro de amor y de ternura que se encierra siempre en el corazón del hombre, y que agitándose tristemente en el vacío cuando Dios no le otorga la dicha de verse reproducido, le induce á dar el nombre de hijo á quien no lo es por naturaleza, pero sí por el cariño y la simpatía. Claro es que la patria potestad en este caso no puede alcanzar toda su plenitud, puesto que no hay sentimiento que pueda igualarse jamás á los producidos por los vínculos de la paternidad.

El nacimiento del hombre que, según la ley natural, no admite diferencias algunas, motivadas por la condición de los nacidos, cabe considerarlo de diversas maneras con arreglo á las leyes sociales, según sea la clase de unión que exista entre los padres. Si es matrimonial, da origen á los hijos legítimos; si es extramatrimonial, á los ilegítimos. Bajo este aspecto procede investigar si tan radical diferencia influye en modo alguno en el nacimiento de la patria potestad.

Dicha influencia no puede negarse; pero sí conviene hacer una distinción, y es que la unión ilegítima no impide el nacimiento de la patria potestad, toda vez que igual necesidad tienen los hijos ilegítimos que los legítimos de completar su personalidad y desarrollar sus facultades, sino que limita su intensidad y su extensión, y por lo tanto, su eficacia, en razón á la menor facilidad de hacer efectivas las condiciones necesa-

Digitized by Google

rias á su desenvolvimiento, por virtud de la situación anormal que suelen mantener entre sí en tales casos los padres y los hijos.

CAPITULO III

CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

Los derechos y obligaciones que nacen de la patria potestad constituyen lo que se llama su contenido, cuyo estudio, según se indicó al razonar el plan, debe ir precedido del de los elementos personales y seguido del de los formales. Pues bien: así como esos derechos y esas obligaciones se atribuyen siempre á personas determinadas que los hacen efectivos, así también recaen sobre una ó varias cosas, corporales ó incorporales, que constituyen á su vez los elementos reales de toda relación jurídica y que en el caso concreto de que se trata han de ser asimismo materia de estudio previo al del contenido de la patria potestad.

Elementos personales.—Ya dijimos que en este punto hay que considerar dos términos: *sujeto activo* y *sujeto pasivo*.

Si bien, en razón á que tanto el padre como el hijo tienen derechos y obligaciones, pudiera decirse que tanto uno como otro son á la vez sujeto activo y sujeto pasivo; sin embargo, atendiendo á que el padre es quien ejerce la patria potestad, y el hijo quien á ella se somete, parece más exacto calificar de sujeto activo al primero y de pasivo al segundo, ya que por otra parte también la institución no afecta ese marcado carácter bilateral que se nota en las relaciones contractuales y por el cual la reciprocidad de derechos y obligaciones es tan perfecta, que en tanto uno de los sujetos se halla obligado al cumplimiento de prestaciones, en cuanto el otro las cumple por su parte: en la patria potestad, como la génesis de su existencia no radica en la voluntad sino en la naturaleza, cada uno de los dos términos personales de la relación puede ejercitar sus derechos y debe cumplir sus obligaciones, aunque el otro

Digitized by Google

no las ejercite ni las cumpla: son, en una palabra, prestaciones de interés público, no de interés privado como en el contrato.

Innecesario es detenerse á demostrar que el padre es sujeto activo de la patria potestad. Esta es una verdad cuya evidencia viene palpitando en todo el curso del presente estudio, y que ha sido universalmente reconocida en todos los pueblos y en todas las épocas de la historia.

No sucede lo mismo con respecto á la madre y demás ascendientes, y conviene decir algo sobre este punto.

Afirmamos desde luego que la razón natural proclama á la madre tan digna y capaz como el padre para ejercer la patria potestad, y que en buenos principios jurídicos no cabe negarle este derecho. En efecto; si la madre concurre con el padre á la obra de la generación, si es la compañera del padre y no su esclava, si constituye uno de los dos elementos integrantes cuyo mutuo complemento da origen á una superior personalidad, claro es que debe participar de todos los derechos fundamentales del padre.

Además, la esfera de acción de su propia vida, es y no puede menos de ser la más adecuada para que á su amparo se desenvuelva el ser mismo que llevó en sus entrañas, y cuya existencia, en ciertos y determinados períodos, necesita de su protección irreemplazable.

La patria potestad no puede ser negada á la madre por «nadie que conozca cuánta ternura, cuánta previsión, cuánta prudencia puede atesorarse en el corazón de una madre, cuya vida se concentra en el bienestar y en el porvenir de sus hijos» (1).

En cuanto á los abuelos y demás ascendientes, creemos justificada su exclusión del ejercicio de la patria potestad. Comprendíase la solución opuesta, en los tiempos de Roma, dado el original concepto que entonces se tenía de la familia; compréndese en las legislaciones que han seguido las huellas del

(1) Del preámbulo á nuestra ley de Matrimonio civil.

Digitized by Google

derecho romano; pero hoy que predomina el principio de que los hijos no son propiedad de los padres, y los hijos de los hijos no se equiparan á los frutos de la tierra, que del dueño de la tierra son; hoy que la patria potestad se basa en un fundamento racional, nacido de una ley universal de los seres, no puede ser ejercida más que por los padres, ya lo sean por naturaleza, ya por adopción, porque ellos son los que por ley natural llevan en sí las condiciones necesarias para servir de adecuada esfera de acción al gradual desarrollo de la vida de sus hijos.

Gran título es el amor; pero, aunque éste es tan intenso en los ascendientes, que sólo puede ser aventajado por los mismos padres, no basta para ejercer la patria potestad sobre los descendientes, por más que lo sea, y muy justo y preferente, para el ejercicio de la tutela, que se confiere siempre al que más cariño ha de tener por el ser necesitado de ella.

La capacidad de los padres para el ejercicio de la patria potestad tiene su fundamento en el conocido aforismo *nemo dat quod non habet*. Si han de prestar al hijo condiciones, han de comenzar por tenerlas ellos, mediante la íntegra y plena posesión de todas sus facultades físicas y espirituales, en el estado de gradual desarrollo que sea necesario, sin que por ello se entienda que los padres hayan de alcanzar un grado superior de educación y de cultura, sino tan sólo el indispensable para que el hombre conozca sus fines más elementales y los medios más rudimentarios de cumplirlos, y sea capaz de la convivencia social con sus semejantes, bajo la base del mutuo respeto á la libertad de acción y á los derechos de cada cual. Lo contrario sería incapacitar al hombre rudo ó ignorante para el ejercicio de un derecho de que no le priva la propia naturaleza, en atención á que no se trata de que los padres mismos presten directamente á sus hijos la educación y la instrucción necesarias en toda su extensión, sino en la parte que puedan, y sobre todo, lo que les cumple hacer es prestarles condiciones y medios para que sean educados é instruídos, aunque sea por otras personas, en cuanto ellos no se reconozcan capaces.

Digitized by Google

Como principal elemento determinante de la capacidad ofrécese la edad, y es regla invariable que desde el instante en que el hombre es apto para la procreación, lo es también para ejercer la patria potestad, porque la naturaleza, al darle medios de reproducirse, se los da también para prestar á los hijos condiciones para su desarrollo. Por lo demás, sabido es que la pubertad no se manifiesta siempre á una edad fija, en virtud á la influencia que en el desarrollo del hombre ejercen la raza, el clima, el temperamento, los antecedentes de familia, la ley de herencia y otras causas.

Al principio expuesto de que la aptitud para ejercer la patria potestad se halla determinada por la aptitud para la procreación, pudiera oponerse el argumento de que adquiriéndose esta aptitud á una edad bastante temprana—catorce años en el varón y doce en la hembra por regla general,—las facultades físicas é intelectuales no han adquirido aquella madurez necesaria para el ejercicio de las funciones de dirección y gobierno propias de la patria potestad, pues mal puede dirigir el que necesita ser dirigido, como lo demuestra el hecho de no considerar al hombre en la plenitud del desenvolvimiento de sus facultades hasta que llega á la que se llama la mayor edad, que precisamente supone el transcurso de un número de años superior al que exige la aptitud para la procreación; resultando de aquí la contradicción palmaria de no reconocer al hombre que carece de hijos capacidad para regirse por sí, y, por tanto, para regir á otros, hasta que llega á su mayor edad, y reputar al que los tiene, por este solo hecho, como persona *sui juris*, aunque no sea siquiera plenamente púber, como si el hecho de la unión sexual y de la reproducción llevara consigo alguna fuerza misteriosa, capaz de producir en un momento el pleno desarrollo físico y espiritual del hombre.

Semejante argumentación, que deslumbra á primera vista, se destruye teniendo en cuenta que la naturaleza obra siempre bajo un principio de perfecta armonía, sin que sus leyes puedan ser jamás contradictorias, y que allí donde establece un

Digitized by Google

fin, pone indefectiblemente los medios para realizarlo. El simple hecho de la paternidad claro es que no lleva envuelta esa influencia misteriosa capaz de convertir al niño en hombre, contraviniendo así á la ley natural de gradual desenvolvimiento de nuestras potencias físicas y espirituales, pero sin duda alguna produce una tendencia natural, una fuerza irresistible, que es algo más que amor, y que se siente y no se explica, que lleva al hombre, como lleva á la fiera, á cobijar bajo el amplio manto de su protección y de su amparo, de su guarda y de su defensa, al ser que es sangre de su sangre, hueso de sus huesos y carne de su carne; pudiendo asegurarse que este sublime sentimiento capacita por completo á los padres para el ejercicio del preciado derecho de patria potestad, y más si no se olvida que las condiciones que exige el desarrollo de la vida del hijo en los primeros años de la misma, son primero puramente físicas, y después simple y elementalmente educadoras é instructivas, y, por lo tanto, bien pueden ser prestadas y lo son por padres adolescentes; cuando el hijo necesita de condiciones de índole social y más complejas, ya los padres han alcanzado la plenitud de madurez y reflexión propias de la virilidad, y pueden, por consiguiente, prestar aquellas condiciones con toda capacidad y cabal conciencia de sus acciones.

Limítase la capacidad para el ejercicio de la patria potestad por la concurrencia en el sujeto de alguno de aquellos accidentes que impiden la normal funcionalidad de las facultades físicas, de las intelectuales ó de ambas á la vez, como la ceguera, si es de nacimiento; la sordomudez, cuando el que la padece no sabe leer ni escribir; la imbecilidad, la locura y la prodigalidad.

Para ser sujeto pasivo en la relación que nos ocupa no se necesita condición alguna. Establecida en beneficio de los menores, basta esta cualidad, y cualquiera que sea el estado de anormalidad de las facultades físicas y morales del sujeto, no puede constituirlo en incapaz, porque precisamente entonces

Digitized by Google

es cuando se halla más justificada la existencia de la función protectora del poder paterno.

Elementos reales.—Pueden ser término de relaciones jurídicas en concepto de *cosas,* bien las corporales, como sucede en las relaciones producidas por los llamados *derechos reales*, que recaen sobre un determinado objeto material, bien las incorporales, entre las que se encuentran los actos libres del hombre, como ocurre en las relaciones nacidas del contrato. En este segundo sentido tiene la doctrina de los elementos reales aplicación á la patria potestad.

Los derechos de los padres recaen sobre los actos del hijo, puesto que á la dirección y gobierno de éstos se reduce en suma el poder paterno. Tiene importancia especial esta doctrina en cuanto por ella, y á virtud de la distinción entre las personas y sus actos, se justifica la falta de fundamento filosófico con que se atribuyen al padre derechos sobre la persona del hijo, como en Roma, salvo el de corregirlo moderadamente, porque éste no atenta á la integridad de la persona.

Derechos y obligaciones que nacen de la patria potestad.—Las prestaciones debidas por los padres á los hijos se resuelven en un conjunto ordenado de derechos y obligaciones. Por virtud del principio fundamental de reciprocidad que rige la teoría de los *derechos de obligación*, todo derecho de los padres implica una obligación correlativa por parte de los hijos, y todo derecho de los hijos implica una obligación correlativa por parte de los padres.

Producidos tales derechos y obligaciones, no por ley de la voluntad, sino por ley de la naturaleza, son de necesario cumplimiento y, por lo tanto, irrenunciables: ni los derechos pueden dejar de ejercitarse, ni las obligaciones pueden dejar de cumplirse aunque medie remisión.

La idea de imponer obligaciones á los menores no se opone á los buenos principios jurídicos, pues si las hay que nacen de la libre determinación de la voluntad, y exigen á quien las contrae completo desarrollo de la inteligencia, hay otras que son

Digitized by Google

impuestas por una fuerza superior, como la ley, ya natural, ya positiva, y cuya realización puede ser exigida también aun á las personas sometidas á dirección ajena, siempre que tengan siquiera lo que se llama uso de razón, ya que toda obligación supone previo conocimiento de sus términos: tales son las que tienen los hijos para con los padres y cuyo cumplimiento pueden éstos exigirles hasta el punto de hacerlas efectivas por la coacción.

En cambio, las que pesan sobre los padres no cabe les sean exigidas por los hijos mismos, que carecen de personalidad para ello, sino á su nombre por el Estado, á quien corresponde la suprema tutela de los desvalidos.

Determinados los caracteres esenciales de los derechos y obligaciones propios de la patria potestad, veamos de qué manera el padre y la madre deben concurrir á su ejercicio.

La participación de la madre en la patria potestad no ha de ser *sucesiva* en defecto del padre, sino *simultánea* y en concurrencia con éste, porque las funciones quo constituyen su ejercicio no son exclusivas del padre y no puede realizarlas por sí solo. Tal solución es de todo punto conforme con el derecho natural, y no implica incompatibilidad alguna, ni puede originar conflictos entre padre y madre, porque son armónicas sus facultades. No quiere esto decir que se niegue al padre la suprema jefatura de la familia, función que le compete por ley natural, por ser más reflexivo y fuerte. Toda sociedad debe tener un jefe único y superior á todos los demás, si ha de marchar ordenadamente: tal es la condición de la naturaleza humana, y la sociedad doméstica no ha de sustraerse á esta ley.

La efectividad de esa participación simultánea se traduce en una diversidad de funciones, respecto de la cual hacemos nuestra la opinión del Sr. Giner, expresada en estos términos: «Esta diversidad de funciones no debe entenderse como cuantitativa, siendo así que ambos las realizan todas en grado mayor ó menor, sino únicamente en atención al predominio que, en su cumplimiento, tiene cada uno por razón de la índole de

Digitized by Google

estas mismas funciones, según que son más ó menos adecuadas á su sexo» (1).

Entrando ya en el examen concreto de los derechos y obligaciones de los padres, nos encontramos con que algunos expositores del derecho positivo (2), consideran al padre como legislador, como Juez, como tutor y como señor de sus hijos, bajo cuyos aspectos dicen que la patria potestad le confiere derechos, y que en concepto de tutor le impone obligaciones. Sin desconocer lo que esta distinción tiene de verdadera, creemos que debe aceptarse como criterio más científico el que toma por base el fin propio de la patria potestad, del cual han de derivarse naturalmente todos los derechos y obligaciones de los padres.

El fin ultimo de la patria potestad ya hemos dicho que es la realización del desarrollo del hijo, y el fin subordinado el complemento de su personalidad. Su objeto, prestar al hijo las condiciones de ayuda y asistencia necesarias para llegar á aquellos fines. La materia, pues, de la patria potestad la forman todas esas condiciones. Visto de qué clase son éstas, tendremos perfectamente deslindados los derechos y obligaciones de los padres. Teniendo ahora en cuenta que todo medio está en relación directa con su fin, y conocido los de la patria potestad, despréndese claramente que cada orden distinto de los que en tales fines se manifiestan, pide también un orden particular de condiciones.

Ahora bien: el desarrollo del ser humano guarda perfecta relación con su naturaleza, con las diversas partes que constituyen su organismo, con las distintas facultades de que está dotado. Y componiéndose el hombre de dos elementos intima y misteriosamente unidos, el cuerpo y el alma, materia y espíritu, he aquí que el hombre es susceptible de un desarrollo fí-

(1) Obra citada.

(2) Los Sres. La Serna y Montalbán en su conocida obra *Elementos del Derecho civil y penal de España.*

Digitized by Google

sico y de un desarrollo espiritual, que armónicamente realizados constituyen el total desarrollo de la vida humana. Por lo tanto, al desarrollo físico corresponde un conjunto de condiciones físicas, y al espiritual uno de condiciones espirituales.

La prestación de las condiciones físicas se resuelve en la primera y más natural obligación de los padres, ó sea la de procurar á los hijos la conservación de la vida, proporcionándoles los necesarios *alimentos*, en relación con el caudal de la familia. En los primeros años corresponde esta obligación á la madre, que la ejerce por medio de la lactancia, no estando relevada de su cumplimiento, según la ley natural, sino cuando no puede realizarla por sí misma. La obligación de alimentar comprende la de vestir á los hijos, con arreglo á la posición social de la familia, y la de asistirlos en las enfermedades, propinándoles los remedios y medicamentos necesarios.

La obligación de dar alimentos cesa naturalmente desde el momento en que el hijo sabe y puede trabajar, pues en tal caso á éste corresponde atender á sus necesidades con el producto de su trabajo, comprendiendo bajo esta palabra, no sólo el material, sino el intelectual, propio del ejercicio de cualquier profesión, oficio, cargo ó empleo; sin que el padre tenga el deber de alimentar al hijo que rehusa, por holgazanería, cumplir con la divina ley que nos manda ganar el sustento con el sudor de nuestra frente. Esto no puede ser en absoluto extensivo á las hijas, no sólo porque la condición de su sexo no permite dedicarse á todo género de trabajos, sino porque el producto que suelen rendir aquéllos á que pueden dedicarse no basta muchas veces á cubrir sus necesidades. Sin embargo, los padres deben acostumbrarlas á trabajar y á que aprendan un arte ú oficio compatible con la condición de su sexo, con que puedan al menos subvenir á su alimentación.

Las condiciones espirituales consisten en la *educación* y la *instrucción* de los hijos. La educación debe dirigirse á las tres facultades del espíritu, inteligencia, sentimiento y voluntad; la instrucción á la inteligencia. La educación, aunque más

Digitized by Google

propia de los primeros años, debe extenderse á todos los períodos de la menor edad, porque á ella contribuye mucho la propia inteligencia del educando, y la instrucción debe facilitarse cuando los hijos han adquirido cierto desarrollo en sus facultades, sin privar por completo de ella á los infantes, porque es al mismo tiempo elemento educador, pudiendo decirse que el que instruye educa y el que educa instruye.

La educación y la instrucción deben prestarse en general por el padre y por la madre. Hay, sin embargo, que tener en cuenta la edad de los hijos y la clase de educación ó de instrucción. En la infancia debe predominar la madre en la obra de la educación, en armonía con lo que sucede en el orden físico, porque la mujer reune cualidades sumamente adecuadas para dirigir el espíritu del niño: la ternura y delicadeza propias del sexo femenino se armonizan perfectamente con la inocencia y debilidad de los primeros años. Transcurrida la infancia, corresponde á los padres, en primer término, la función educadora: el desarrollo que ya van adquiriendo las facultades del hijo permite apreciar con más fijeza y exactitud las cosas de la vida, sin la fantasía propia de la niñez, y pide la intervención más directa del padre y su dirección inteligente, puesto que se trata de obrar más por medio de la reflexión que del sentimiento.

Con relación al sexo, la misma naturaleza parece indicar que el padre debe dirigir con preferencia la educación é instrucción de los varones, y la madre la de las hembras.

En cuanto á la clase de educación é instrucción, hay que tener presente una vez más las distintas cualidades de uno y otro sexo. En su virtud, al padre corresponderá la preferencia cuando se trate de educar la inteligencia, y en general de la instrucción; á la madre, si la educación se dirige al sentimiento y las facultades afectivas; á los dos, si de educar la voluntad se trata. La madre debe tener también predominio en lo que atañe á la educación interior y privada, y el padre en la concerniente á las relaciones exteriores y públicas. Asi-

Digitized by Google

mismo, cuando la instrucción versa sobre ciencias fundamentales, que requieren, ante todo, reflexión, pertenece el predominio al padre, y á la madre cuando la instrucción recae sobre materias en que entra por mucho el sentimiento, la imaginación y la habilidad.

La educación intelectual no tiene otro objeto que preparar la inteligencia para que obre en su esfera de acción en armonía con su fin. Los padres han de procurar, sobre todo en este punto, que sus hijos comprendan todo el valor que sobre los demás seres de la creación otorga al hombre el don inestimable de la inteligencia, que nos pone en íntima comunicación con Dios, inculcándoles un profundo respeto á los fueros de la razón, como piedra fundamental en que se aquilatan todos los conocimientos humanos, y como medio que nos ha dado el Ser Supremo para conocer nuestra propia naturaleza y el mundo exterior. El cultivo continuo de la inteligencia de los hijos debe merecer á los padres un especial cuidado, haciendo que en su espíritu se desarrolle el amor al análisis razonado de las cosas y á la propia é independiente observación de los fenómenos, para llegar, en cuanto es posible, á la posesión de la verdad, que es el fin propio de la inteligencia.

La educación del sentimiento es de no menor interés, por ser fuente infinita de inapreciables bienes individuales y sociales. Los padres han de inspirar en el corazón de los hijos el amor al hombre, que después del amor á Dios, es la virud fundamental; el amor á la verdad, al bien y á la belleza, sobre todo la del espíritu, pues no basta que la razón comprenda tan primordiales ideas, si el corazón no las ama y se apasiona por su realización; el amor á todo lo grande y el odio á todo lo mezquino; el entusiasmo por la virtud y el aborrecimiento del vicio; el interés por los hechos de la vida y la aversión al escepticismo y la indiferencia, que fomentando la dureza del corazón, ahogan siempre, apenas nacidos, los sentimientos dignos y benéficos.

La educación de la voluntad se dirige á que los hijos for-

Digitized by Google

men exacta idea del concepto de la voluntad misma, haciéndoles comprender que no es ilimitada en sus fines, sino súbdita de la ley del bien, y que no es lícito dirigir la actividad por rumbos opuestos á esta ley superior, y acostumbrándoles á domar la fuerza avasalladora de las pasiones que hacen que el hombre se rija, como una máquina, por ajeno impulso, y no por propia fuerza y determinación, cual corresponde á la naturaleza racional, á fin de que el espíritu gobierne siempre á la materia, que es en lo que consiste el libre albedrío; no en hacer lo que se quiera, dejándose influir por exteriores motivos: sí en elegir, según indica la conciencia, el más derecho camino para llegar al bien.

La instrucción es tan necesaria, como que sin ella no se cumple el fin principal de la inteligencia, y por lo tanto, no se realiza el total fin humano. De ninguna manera son los padres libres para instruir ó no á sus hijos; la instrucción debe ser obligatoria y el Estado debe velar asiduamente para que ninguno de sus miembros carezca de ella, castigando á los padres que abandonen esta importante obligación.

La función instructora no se ejerce casi nunca por los mismos padres exclusivamente, ni se puede obligar á éstos á que la ejerzan aunque tengan suficiente caudal de conocimientos.

La verdadera obligación consiste en inspirar á los hijos amor á la instrucción, facilitarles medios de adquirirla y cuidar de que cumplan con los deberes del estudio. Y en cuanto á la elección de la profesión ú oficio á que hayan de dedicarse, debe tenerse en cuenta principalmente la vocación, pues no suele producir buenos frutos el estudio de materias por cuyo conocimiento no se siente apasionado el espíritu.

Respecto de la educación é instrucción de las hijas de familia, convengamos en que, después de tanto como se ha escrito y escribe en pro de la llamada emancipación de la mujer, como si no la hubiese emancipado el cristianismo hace diecinueve siglos, y á pesar de las bellas teorías de muchos ilusos, la opinión general de los hombres sensatos proclama

Digitized by Google

que, ante todo y sobre todo, la mujer ha de ser educada é instruída para que sea una buena madre de familia, noble y elevado cargo social para cuyo cabal desempeño tantas condiciones se necesitan. Una vez capacitada para el ejercicio de este verdadero sacerdocio doméstico, nada se opone á que cultive el campo de las artes y de las ciencias, si muestra vocación y aptitudes para ello, pues cuando Dios las da, no es para que sean perdidas.

Conviene, sin embargo, hacer una distinción: así como no hay nada más apropiado á las facultades de la mujer que el ejercicio práctico de las bellas artes, que tanto se armoniza con la delicadeza de sus sentimientos y la idealidad de su espíritu, así tampoco hay nada más opuesto que el ejercicio de esas otras profesiones, que bien podemos llamar *masculinas*, porque son propias para ejercidas por el hombre. Siempre ganará más honra y gloria la mujer enseñando á orar á sus hijos, que explicando ciencias en pública cátedra; dictándoles reglas de conducta, que tomando parte en la función legislativa mediante la emisión del voto; compartiendo con el padre la augusta jefatura del estado doméstico, que administrando la pública justicia en contacto diario con las miserias de la vida social; defendiendo con el fortísimo escudo de su cariño maternal la vida, la honra y la libertad de sus hijos, que abogando en el foro por el derecho ajeno; administrando honradamente el caudal de la familia, que despachando expedientes en las oficinas del Estado; ejerciendo la sublime virtud de la caridad con la asistencia de los enfermos, que dando lecciones prácticas en la clínica de un hospital; ciñéndose, en suma, inmarcesible corona de sólida y modesta fama con el ejercicio de todas las virtudes cristianas, que brillante aureola de público renombre cosechando ruidosos triunfos en el meeting, en el club y en la tribuna parlamentaria. Con semejante conducta ganaría mucho su pudor y recato, y no perdería nada el ejercicio de las profesiones que piden mayor reflexión que la que por ley natural es propia de la mujer, dotada en cambio de

Digitized by Google

mayor riqueza de imaginación y de fantasía. Ya lo comprendió así D. Alfonso el Sabio, cuando dijo en una de sus famosas leyes: «ninguna muger, quanto quier que sea sabidora, non puede ser abogado en juyzio por otri. E esto por dos razones. La primera, porque non es guisada nin honesta cosa, que la muger tome oficio de varón, estando públicamente envuelta con los omes para razonar por otri. La segunda, porque antiguamente lo defendieron los sabios, por una muger que decían Calfurnia, que era sabidora, porque era tan desvergonzada, que enojaua á los juezes con sus boces, que non podían con ella. Onde ellos catando la primera razón que diximos en esta ley: é otrosi veyendo que quando las mugeres pierden la verguença, es fuerte cosa de oyrlas e de contender con ellas; e tomando escarmiento del mal que sufrieron de las boces de Calfurnia, defendieron que ninguna muger non pudiesse razonar por otri» (1).

Tanto la educación como la instrucción deben revestir dos cualidades esenciales, á saber: ser morales y religiosas. Los padres que llevados de falsas ideas ó preocupaciones, inspiran á sus hijos, con sus palabras ó con su ejemplo, sentimientos contrarios á la religión ó á la moral, por más que nutran sus inteligencias de profundas verdades científicas, no conseguirán guiarlos por la senda de la perfección, y faltarán abiertamente á lo que de ellos exigen la naturaleza y la Sociedad. Es, en efecto, querer marchar contra la naturaleza, pretender que el hombre se desligue de tan supremas leyes, porque habiendo sido criado para realizar el bien, cuya superior personificación es Dios, y consistiendo la moral en la realización pura del bien, y la religión en el reconocimiento y obediencia al Ser Supremo, claro es que la naturaleza humana es profundamente moral y religiosa. Y si la Sociedad cuenta, como esencial garantía de su ordenada y regular existencia, con el mutuo respeto de los derechos humanos, claro es también que la Sociedad exige de los padres que críen á sus hijos en el espíritu de la

(1) Ley 3.ª, tít. 6.º, Partida 3.ª

Digitized by Google

religión y de la moral, causa principal del respeto á los derechos de los demás, porque el hombre pervertido ó ateo, como no reconoce ley superior á su voluntad, no puede jamás dejar de ser un elemento perturbador en la Sociedad, sólo reductible á la ley del deber por medio de la fuerza.

Las condiciones encaminadas al fin de completar la personalidad de los hijos, pueden reducirse á las siguientes:

Representación y defensa de los hijos.—Comprenden no sólo las personas de éstos, sino sus derechos, toda vez que tienen desde que nacen la cualidad de personas y son, por tanto, capaces de derechos y obligaciones, por más que carezcan de la capacidad de obrar. Se extienden á toda clase de actos jurídicos, siendo una de sus más importantes manifestaciones la administración de los bienes de los hijos mismos, por cuanto ésta supone la realización de hechos que exigen cierto grado de razón y experiencia, á que no suelen llegar los menores de edad.

La defensa de las personas de los hijos puede y debe ser ejercida tanto por el padre como por la madre; pero la de los derechos y la representación deben serlo, dada su índole, por una sola persona, y es natural que ésta sea el padre, por su cualidad de jefe de la familia, y en su defecto la madre.

La representación no debe extenderse de una manera absoluta sobre todos los actos de los hijos, ni durar invariablemente todo el tiempo de la menor edad: desde el momento en que el hijo demuestra indudable aptitud para realizar por sí mismo en condiciones de eficacia jurídica un acto cualquiera ó un orden determinado de ellos, debe cesar la representación paterna y ser autorizado por el padre para que pueda regirse como persona *sui juris* en la concreta esfera de actividad de que se trate. Fúndase esta doctrina en que el desenvolvimiento de las diversas aptitudes humanas no alcanza igual grado de duración en todas ellas, de tal manera que á un tiempo dado lleguen todas simultáneamente á la plenitud de su desarrollo, sino que según las peculiares condiciones de cada individuo, esta plenitud se produce en una determinada aptitud cualquiera antes

Digitized by Google

que en otras. No es otro el sentido de las leyes positivas cuando conceden en ciertos casos al hijo sometido á la patria potestad la administración de los bienes que adquiere con su trabajo ó industria, y cuando lo declaran apto para testar en llegando á cierta edad, que suele ser la de la pubertad.

Autorización á los hijos para contraer matrimonio.—Siendo éste uno de los actos más importantes y de mayor transcendencia de la vida y que más reflexión exige, por las consecuencias que produce, no sería cuerdo dejar la apreciación de su conveniencia en cada caso al libre criterio de los hijos.

La licencia ó consentimiento paterno debe ser requisito de carácter absoluto, de tal manera que si falta no pueda celebrarse el matrimonio, sin que quepa recurso alguno contra la negativa de los padres, cuya autoridad en este punto es suprema, ni se les puede exigir que manifiesten el fundamento de su resolución, que sería tanto como penetrar en el sagrado de la conciencia. Tan importante función debe ser ejercida por ambos padres, cuyo indudable cariño hacia los hijos es prenda segura de acierto; pero como en la realidad de la vida no existe siempre armonía entre el padre y la madre, sino que por el contrario discrepan entre sí acerca de la conveniencia del matrimonio de los hijos, se impone la necesidad de que prevalezca la opinión del padre, porque resolución tan grave como ésta, que lleva envuelto el porvenir de los hijos, pide ante todo reflexión y no sentimiento. Si contra la negativa de los padres se verifica el matrimonio, éste debe ser válido, porque la fuerza del vínculo libremente contraído por quienes tienen aptitud para ello, es mayor que la fuerza de la autoridad paterna; pero no hasta el punto de que produzca iguales efectos, en cuanto á los derechos de los cónyuges y régimen de bienes, que el contraído bajo licencia paterna, pues alguna pena deben sufrir los que van directamente contra la voluntad de los padres, sustrayéndose abiertamente á su autoridad, que tanto importa fortalecer.

Nombramiento de tutor para los hijos.—No es otra cosa que

Digitized by Google

una consecuencia de la obligación que tienen los padres de atender á la defensa de las personas y bienes de los hijos, pues nada más lógico que el que provean lo necesario para que esa función protectora continúe realizándose después de su vida, y nadie más capacitado que los padres mismos para designar la persona que ha de sustituirles en su desempeño.

Elementos formales.—Habiendo dicho en su lugar oportuno en qué consisten, y procediendo ya á su explicación, diremos que pueden concretarse á dos: 1.°, *autoridad de los padres sobre los hijos; 2.°, necesidad de que los hijos vivan en compañía de los padres, ó por lo menos bajo su inmediata dependencia.*

Estudiémoslos.

De nada serviría que la naturaleza impusiese á los padres obligaciones para con sus hijos, si no les diese medios de hacerlas efectivas: entre ellos figura en primer término la autoridad paterna, que viene así á constituir la mayor garantía del cumplimiento de los fines de la patria potestad. En su virtud, todas las obligaciones que quedan enumeradas anteriormente, encuentran forma y manera de realizarse mediante esta facultad imperativa de los padres, por la cual imponen á los hijos su voluntad, con objeto de que realicen aquellos actos que juzgan mejor encaminados á la consecución de dichos fines.

La autoridad paterna comprende dos funciones: dictar reglas de conducta, y hacerlas respetar y cumplir. La primera adquiere forma práctica en el derecho de mandar ó dar órdenes á los hijos; la segunda en el de corregirlos y castigarlos cuando aquéllas no son obedecidas.

La obediencia de los hijos no ha de ser irracional y ciega, como en los animales, sino reflexiva, como propia de seres racionales, y limitada por las leyes de la naturaleza y de la dignidad humana, que se imponen aun á los entendimientos más sencillos; de tal suerte, que no faltaría á la ley de obediencia el hijo que resistiese cumplir aquellos mandatos paternos que atentasen, bien á la integridad de su vida física, como si le

Digitized by Google

mandasen ejecutar trabajos superiores á sus fuerzas, ó herirse, ó suicidarse, bien á la integridad de su vida moral, como en el caso de mandarle que hiciese daño al prójimo, ó le arrebatase lo suyo, ó le hiriese, ó le matase, así como si le mandaran prostituirse ó realizar alguna otra acción contraria á la ley moral ó á la justicia. Y como por otra parte puede caber error en los hijos al apreciar la transcendencia de los actos que se les ordenen, deben los padres mandarles dándoles á conocer las razones y la conveniencia de sus mandatos, para que obedezcan y obren por convicción, y no por temor, ó por hábito irreflexivo, como los irracionales.

La obediencia encuentra también un límite en la necesidad que tienen los hijos, en ciertos casos, de cumplir las órdenes de otras entidades, que exigen ser obedecidas aun contra la voluntad de los padres. Así sucede con el que se halla sujeto al servicio militar, ó al desempeño de un cargo público, ó al servicio de persona ajena por contrato libremente contraído, que no podrá dejar de cumplir las obligaciones que le impone el Estado, ó la persona á quien sirve, por obedecer á contrario imperio de los padres, pues tal obediencia no sería nunca debida.

La desobediencia supone en el hijo una voluntad rebelde que hace necesaria la corrección, la cual se consigue, bien por medios persuasivos que se dirigen directamente al ánimo, como el consejo, la advertencia, la amonestación y la reprensión, bien por el medio material del castigo, que puede afectar varias formas, como la privación temporal del alimento ó de la libertad, los golpes, etc. El castigo se halla, pues, respecto de la corrección, en relación de medio á fin.

Los medios correctorios, y especialmente el castigo, deben emplearse con moderación; ni han de prodigarse tanto que, habituándose el hijo á sufrirlos, resulten ineficaces y le hagan perder además el concepto de dignidad y propia estimación; ni han de ser tan exagerados que afecten á la integridad del ser, límite puesto por la naturaleza y por el derecho al poder

Digitized by Google

paterno, que no implica género alguno de dominio sobre la vida de los hijos. No será, pues, lícito á ningún padre privar á sus hijos del alimento ó de la libertad hasta el punto de hacerles enfermar; ni obligarles á ejecutar trabajos superiores á sus fuerzas hasta que éstas se agoten; ni extremar el castigo de modo que los hijos lleguen á ser heridos, ó hasta privados de la vida; no olvidando, sobre este punto, que hay acciones que, aunque á primera vista no revelan la intención de matar, pueden producir al cabo la muerte del hijo, y por lo tanto son tan reprobables como ésta. *Necare videtur*, dice una ley del jurisconsulto Paulo, *non tantum is qui partum perfocat, sed et is qui abjicit, et qui alimenta denegat, et is qui publicis locis, misericordiæ causâ exponit, quam ipse non habet* (1). Ni aun el crimen de los hijos, por muy grave que sea, autoriza á los padres para matarlos, ni siquiera para castigarlos cruelmente, usurpando funciones del Estado, á quien compete imponer la pena justa que merezcan. El derecho de vida y muerte, que dentro del sentido peculiar de las leyes romanas tenía su explicación en Roma, es completamente opuesto á la razón natural y á la sana filosofía, y de todo punto contrario á los fines de la patria potestad, tal como hoy los entiende la ciencia jurídica.

Pasando ya al estudio del segundo de los elementos formales, comenzamos por afirmar que constituye una consecuencia lógica de la obligación en que están los padres de proporcionar habitación á sus hijos, pues nada más natural que el que esta habitación la constituya la propia morada de los padres. No es éste, sin embargo, el verdadero sentido por el cual la necesidad de que los hijos vivan en compañía de los padres constituye un elemento formal; el verdadero sentido está en que sólo mediante esa convivencia es como pueden emplearse con eficacia los medios conducentes á la realización de los fines de la patria potestad, por virtud de la constante comunicación

(1) Ley 25, D. de *Agnoscendes et Atendis Liberis*, lib. 25, tít. 3.°

Digitized by Google

que se establece entre padres é hijos, y la vigilancia inmediata que sobre éstos pueden ejercer aquéllos. De aquí el derecho que tienen los padres á obligar á los hijos á vivir en su compañía, empleando para ello la coacción si fuere necesario.

Tratándose de hijos ilegítimos, esta convivencia no suele tener efecto, pues si bien se funda en la misma razón filosófica que justifica la de los legítimos, impiden su efectividad las leyes y consideraciones sociales, que tienden á evitar graves discordias en el seno de la familia, la cual exige, como condición indispensable para el cumplimiento de sus fines, una constante armonía entre todos sus miembros.

Inútil es decir que no ha de ser tan absoluta la convivencia, que impida á los hijos ausentarse de la morada paterna cuando lo exija una causa lícita, y con tal de que no se sustraigan á la autoridad y dirección de los padres. Tal sucede cuando tienen que seguir estudios, buscar trabajo, servir en el Ejército ó ejercer algún empleo ó cargo público. Lo contrario sería precisamente hacer imposible la consecución de los fines de la patria potestad.

(Se continuará).

JOSÉ PORCEL Y SOLER,
Juez de primera instancia de Huelma (Jaén.)

Digitized by Google

LOS JUZGADOS MUNICIPALES Y EL NOTARIADO (*)

No cabe duda que es una garantía contra las resoluciones judiciales injustas el que éstas se tomen en juicios que se hayan celebrado á la vista de todo el mundo; pero usando de la franqueza con que venimos hablando, tememos que esto no sea bastante para cortar los gravísimos inconvenientes de la justicia municipal, porque dada la manera de ser de nuestros pueblos, ni con publicidad ni con reserva creemos que la mayoría de los Jueces indoctos administren legal, ni siquiera imparcial justicia.

También se declara en los juicios civiles y criminales, de que conocen los Juzgados municipales extinguido el Juez único, pues se establece, como hemos dicho, la conciencia de dos co-jueces, sin duda para que el fallo esté revestido de más imparcialidad y de mejor aplicación del derecho; á pesar de lo cual, y descendiendo á las impurezas de la realidad, también creemos que esta cortapisa no dará resultado, pues ocurrirá que en el sorteo que se haga para elegir los co-jueces habrá prestidigitación y resultarán hechuras del Juez municipal, lo cual equivaldrá al Juez único; ó si el turno se lleva bien, resultará que por ser rarísimo encontrar en los pueblos personas desapasionadas é independientes, serán co-jueces los amigos ó los enemigos de uno de los interesados en el

(*) Véase la pág. 105 de este tomo.

Digitized by Google

juicio, sin que sea suficiente para evitarlo la facultad de recusar, sin duda, porque como esta facultad ha de tener su límite, como dice la base, terminadas que sean las recusaciones, los que queden para co-jueces serán tan poco neutrales como aquellos mismos que se recusaren. Si al fin y al cabo los co-jueces fueran personas de ilustración, sería más posible su imparcialidad, porque es más difícil á una persona ilustrada violentar su conciencia que á una ignorante; pero como el proyecto no exige más que sean propietarios ó capacidades comprendidos en la lista de jurados, resultará que seguiremos viendo administrar justicia á labradores que apenas saben otra cosa que rutinarias faenas agrícolas, y en cuanto á las capacidades, sabido es que la ley vigente del Jurado, en sus artículos 8.º y 11, declaran excluídos del cargo de jurados á los clérigos, notarios, médicos titulares, farmacéuticos y veterinarios, en los pueblos donde no hubiere más que uno, y á los maestros de primera enseñanza en las poblaciones donde no exista Audiencia, por lo que, de no modificarse la ley del Jurado, es indudable que en los pueblos pequeños, donde difícilmente hay más de un veterinario, de las personas con título académico no serán co-jueces más que los que tengan el título de sangrador ó el de agrimensor.

Por lo tanto, es indiscutible que tendremos en la inmensa mayoría de los pueblos españoles funcionando un Tribunal profano en la ciencia del Derecho, y á mayor abundamiento no exento de aquella pasión que mancha de ignominia las augustas funciones judiciales.

De la base que examinamos se desprende que los Tribunales municipales conocerán de más cuestiones civiles y criminanales que actualmente los Juzgados de primer grado, puesto que tramitarán y fallarán los juicios cuya cuantía no exceda de 500 pesetas, y muchos hechos que hoy son reputados como delitos, y sin embargo, no aumentarán en idoneidad ni en imparcialidad los encargados de administrar la justicia municipal.

Digitized by Google

De todo lo dicho se saca la consecuencia de que la Real orden citada y las bases para la reforma de los Juzgados municipales, introducen felices innovaciones, que con todo entusiasmo aplaudimos, porque se administrará la justicia municipal mejor que hoy, en más poblaciones que actualmente; pero que la mayoría del país no conocerá los adelantos de la reforma, pues, al contrario, verá que jueces de la misma clase que los actuales, por más que sean mayores en número, administrarán justicia en los pueblos pequeños, no sólo sobre los hechos que hoy, sino sobre otros de más transcendencia.

Urge, pues, poner fin á tan anómalo estado de cosas y proceder á curar el mal de raíz; pero para ello se nos dirá que el único remedio consiste en dejar todos los Juzgados municipales á cargo de Letrados, que entren, si es preciso, por oposición, y que sean extraños á la localidad donde administren justicia, y como no está el Tesoro público en situación de crearse una carga más sobre las muchas que tiene, y de tanta consideración como la indicada, puesto que había de dar sueldo á tales Jueces, resultan irreemplazables los Jueces legos y apasionados en la mayoría de los pueblos.

Nosotros sentimos disentir en absoluto de esa opinión, pues por más que reconozcamos que es imposible dar sueldo á todos los Jueces municipales de España y que ningún Letrado se iría á vegetar de balde ó con la mezquina retribución del Arancel á un pueblo de poco vecindario, se nos ocurre preguntar: ¿es que acaso sólo entienden de Derecho los Letrados y no hay diseminados entre la población rural unos funcionarios casi tan conocedores de esa ciencia como aquéllos? Nuestros lectores saben que en cada partido judicial hay varios Notarios, que además de poseer el título de bachiller, tienen muchos el de licenciado y doctor en Derecho, ó cuando menos, el de habilitado para el ejercicio de la fe pública y que luego han ratificado sus conocimientos al prepararse á la lucha científica que implica la oposición, y nadie mejor que ellos, en las circunstancias actuales de España, para administrar la justicia municipal; y para demos-

Digitized by Google

trar nuestro aserto vamos á examinar las circunstancias que concurren en tal personal.

En primer lugar, son peritos en Derecho por los motivos que acabamos de indicar, pues si bien hay algunos que no tienen carrera por poseer oficios enajenados por la Corona ó por otros motivos, todos estos ingresaron antes de regir la actual ley del Notariado, son escasísimos hoy en España y están próximos á desaparecer muy pronto, pero mientras subsistan no se puede negar que tienen mucho más conocimiento de legislación que los labradores y menestrales que hoy desempeñan los Juzgados municipales.

Además la generalidad de los Notarios ejercen sus cargos en localidades donde carecen de familia y de afecciones antiguas, por lo que han de ser más imparciales que los actuales Jueces.

Podrá impugnarse nuestro sistema, fundados en las consideraciones siguientes:

1.ª *Que tal reforma no será factible en localidades importantes, donde el Notario tiene muchas ocupaciones por razón de su cargo, á menos que éstas quedaran desatendidas por las de la administración de justicia ó viceversa;* pero á esto diremos que como nosotros sólo deseamos dar los Juzgados municipales á los Notarios de las poblaciones donde no haya Letrados, será muy raro el caso de que en aquellas donde residan éstos se otorguen muchas escrituras públicas, porque cuando abundan documentos de esa clase es porque la población es importante, por regla general, y entonces no se carece en ella de Letrados.

2.ª *Que en los juicios civiles y criminales que hubiera necesidad de valerse de escrituras autorizadas por el mismo Notario, sería absurdo que éste fuera á calificar la fuerza probatoria de tales documentos.*—Contestaremos diciendo, que además de ser raro ese caso, porque en los negocios de poca cuantía casi nunca median escrituras, se salvaría ese inconveniente estableciendo entonces la incompatibilidad del Notario para entender de los asuntos en que tal ocurriera, siendo reemplazado en ellos por el Juez municipal suplente.

Digitized by Google

3.ª *Que siendo muy pocas las poblaciones que sin ser cabeza de partido tienen Notario, aunque resultaran más Jueces técnicos que ahora, siempre quedarían la mayor parte de las localidades de España sometidas á Jueces legos.*—Tal inconveniente se evitaría agrupando á los efectos de la administración de justicia los pueblos pequeños que distan poco unos de otros, y como esto no sería bastante, se podría reformar la vigente demarcación notarial, aumentando el número de los encargados de ejercer la fe pública extrajudicial, cosa que sería convenientísima para los intereses públicos, porque tal número ha quedado últimamente reducido á la más mínima expresión, dado que se ha tenido principalmente por fin proporcionar á los Notarios decorosa subsistencia, sin tener en cuenta que al público se ha perjudicado mucho obligando á los contrayentes á hacer viajes en busca del Notario más próximo, hasta de cinco y seis leguas, ó á llamar á éste pagándole dietas que aumentan mucho el coste de los contratos y demás actos notariales, por lo que nosotros hemos observado que en muchos pueblos donde cuando había Notarios de los hoy suprimidos se escrituraban toda clase de actos y contratos, ahora sólo lo son los de mucha cuantía, con lo que han tomado mucho vuelo esos intrusos en funciones notariales, á quien nadie persigue como tales, ni siquiera se les somete á tributación por las utilidades que obtienen por escribir papeluchos que son semilleros de pleitos y de fraudes, y además han aumentado considerablemente las muertes abintestato y los testamentos ante testigos simplemente, costando en los dos últimos casos el proveerse de un título hereditario solemne el quíntuplo que cuando interviene Notario.

Indudablemente la reforma que patrocinamos traería consigo la reorganización del Notariado, asentando tan importante institución sobre otras bases que las que hoy la sostienen, por ser éstas ya caducas y desacreditadas, siendo además altamente sensible que haya Notarios que no obtengan lo suficiente para vivir decorosamente, y en cambio otros mejor relacionados, y muchas veces menos entendidos que aquéllos, tengan acapa-

Digitized by Google

rada la mejor clientela. Por el contrario, con nuestro proyecto el Notariado rural contaría con los rendimientos de los Juzgados municipales, que deberían ser de más importancia que los actuales, porque dada la mayor idoneidad de los Jueces de inferior grado, era lógico que conocieran hasta de las demandas de cuantía de 750 pesetas, y de todos los negocios que hoy se reputan de jurisdicción voluntaria, y por lo tanto, de los expedientes de información posesoria, á menos que el legislador, convencido, como lo estamos muchos, de que á la sombra de los últimos se falsea el sagrado derecho de propiedad, los aboliera ó restringiera considerablemente.

Después de lo dicho, aun habría Notarios que no podrían subsistir con las utilidades de la fe pública, ni aun sumadas á las del Juzgado municipal, y para que esos funcionarios no desfallecieran de necesidad, se les podría dar una subvención, pagada por aquellos de sus compañeros que devengaran honorarios de alguna importancia.

Tales son los vicios que encierra la organización actual de la justicia municipal y los remedios que, á nuestro juicio, son factibles, sin gravar en un céntimo el presupuesto del Estado, para que aquélla sea desempeñada por Jueces más doctos é imparciales que los actuales. No tenemos la pretensión de creer que nuestra obra esté exenta de lunares, pues si los tienen las que son producto de muchas inteligencias, más tendrá todavía la que sólo es obra del último de los Letrados españoles. Pero una vez aceptado este pensamiento, individuos hay en el Ministerio de Gracia y Justicia, principalmente el ilustrado Jefe de ese departamento, y en la Comisión de Códigos, que sabrán con gran conocimiento de causa limar las asperezas que tenga nuestro plan y perfeccionarlo con el poderoso concurso de su saber y de su experiencia.

Vamos, pues, á hacer el resumen de nuestros deseos, sentando las siguientes conclusiones:

I. Los Juzgados municipales de las cabezas de partido ó circunscripción, serán forzosamente desempeñados por Letra-

Digitized by Google

dos que tengan capacidad para ello, siendo preferidos los que hayan servido en las carreras judicial y fiscal á los demás; en su defecto será nombrado, á instancia del interesado, un Letrado que no sea hijo ni vecino de dicha localidad, y sólo en último caso podrá serlo otro que reuna estas últimas circunstancias, aunque no haya solicitado el ejercicio de dicho cargo.

II. En las cabezas de partido donde no sea posible hacerse un nombramiento en la forma que indica el párrafo anterior, será Juez municipal el Registrador de la propiedad del mismo partido; pero en el momento en que se domicilie un Letrado con aptitud legal para ser Juez municipal, será nombrado éste para el ejercicio de tal cargo.

III. En las demás localidades donde Letrados extraños á ellas soliciten el Juzgado municipal, serán nombrados éstos para desempeñar tal cargo, siempre que tengan capacidad para ello, y si no hubiese Letrados forasteros que hagan tal petición, será designado uno que sea de la localidad, siempre que posea dicho título.

IV. En las demás localidades donde no fuese posible cumplir lo establecido en el número anterior, será Juez municipal el Notario de la misma ó el de la población inmediata.

V. Para poder cumplir lo dispuesto en la conclusión anterior, se aumentarán las Notarías, de tal suerte que además de radicar éstas en la cabeza de partido, se dará un Notario á cada 6.000 almas, según el censo oficial vigente, agrupando para ello las poblaciones que no reunan ese número, para que entre varias compongan el indicado, sin que del pueblo en que radique el centro de la agrupación, en el cual habrá de residir dicho funcionario ordinariamente, disten las demás localidades agrupadas más de seis kilómetros.

VI. Los Juzgados municipales tendrán competencia por sí solos para entender de los juicios contenciosos cuya cuantía no exceda de 750 pesetas, de todos los actos de jurisdicción voluntaria y de los expedientes de información posesoria.

Digitized by Google

VII. Los hechos que el Código penal repute como faltas serán declarados probados ó improbados por tres Jueces de hecho, que serán sorteados de entre los comprendidos en las listas de jurados; pero la redacción de la sentencia y la aplicación del derecho será de la exclusiva competencia del Juez municipal.

VIII. El cargo de Juez municipal no espirará más que por muerte, jubilación ó incapacidad del que lo desempeñare. Los Registradores de la propiedad y Notarios que lleven á sus cargos anejo el de Juez municipal dejarán de desempeñar este último cuando dejen de ejercer aquéllos; pero si al ocupar otros Registros ó Notarías llevaren sus nuevos cargos anejos el de Juez municipal, también lo desempeñarán. Podrán, no obstante, los Jueces municipales que no sean Registradores y Notarios solicitar los Juzgados municipales vacantes, y serán nombrados para desempeñarlos los más antiguos de los aspirantes.

IX. Se reformarán las leyes de Enjuiciamiento civil y criminal, Hipotecaria y Notarial, de modo que no resulten antagónicas á las conclusiones anteriores, como, por ejemplo, en lo relativo á la competencia de los diversos juicios civiles y criminales, á la supresión de las visitas trimestrales á los Registros de la propiedad y á la incompatibilidad del cargo de Juez municipal con el de Registrador de la propiedad y Notario.

X. Se reorganizará el Notariado bajo la base de aumento de Notarías en la forma indicada en la conclusión V, y á fin de asegurar á cada uno de estos funcionarios una subsistencia decorosa, se subvencionará á aquellos cuyos cargos notariales y judiciales rindan menos de 3.000 pesetas cada año con la diferencia que exista entre las utilidades que hayan percibido y la expresada suma, cuya subvención correrá á cargo de aquellos compañeros suyos que hayan obtenido una utilidad superior á 4.000 pesetas anuales, merced á un impuesto prudentemente progresivo, que se impondrá á estos últimos.

Digitized by Google

XI. Se exigirá una patente de 100 pesetas anuales á todos aquellos particulares que se dediquen á la redacción de documentos privados en que no estén interesados, y constituirán una fianza de 10.000 pesetas en metálico para indemnizar los daños y perjuicios que irroguen por la mala redacción ó ilegalidad de los documentos que extiendan.

JOAQUÍN GIRÓN,
Registrador de la propiedad por oposición y Abogado en ejercicio.

Digitized by Google

MEJORAS

Nuestra legislación sobre mejoras ha sufrido en el Código civil modificaciones de importancia, como casi todas las que se contienen en la materia de sucesiones. La doctrina dispersa en varias leyes del Fuero Juzgo, Fuero Real, leyes del Estilo y Novísima Recopilación, completada con varias sentencias del Tribunal Supremo, se encierra hoy en los artículos 823 al 833 del Código civil.

Desconfiando la ley de la libre manifestación de la voluntad del hombre, creyendo sin duda que el cariño de los padres y ascendientes no es suficiente garantía de protección á los hijos y descendientes, y que éstos habrían de resultar beneficiados mediante la imposición legal y la determinación forzosa de lo que legítimamente cree que les corresponde, privó cándida é injustamente á los testadores en ciertos casos de poder disponer de una parte de sus bienes.

Esta porción de bienes reservada por la ley á determinados herederos se nombra *legítima*, porque tiene su origen en la ley, y esos herederos se llaman *forzosos* porque han de ser instituídos ó han de heredar aun contra la voluntad del testador.

En primer término, se consideran herederos forzosos los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos, y su legítima la constituyen, según el artículo 808 del Código, las dos terceras partes del haber hereditario del padre ó de la madre (ó del respectivo ascendiente, debía añadirse).

Digitized by Google

Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren á la muerte del testador. Esta disposición, contenida en el art. 818, prueba claramente cuán inocentes son todos los medios de protección que la ley establece en favor de los hijos, puesto que hasta su muerte puede el testador disponer libremente de sus bienes por actos entre vivos, y dejar reducida á la nada toda la previsión del legislador y la importancia de las legítimas. Felizmente, la participación de los descendientes en el caudal de sus ascendientes es tan natural, tiene un fundamento tan firme, que no es raro que la exigencia legal se vea siempre satisfecha, aunque se juzgase innecesaria.

Las dos terceras partes de la herencia pertenecen, pues, de derecho á los hijos y descendientes; pero la ley no exige que todo haya de distribuirse con igualdad entre ellos. Inclinándose, aunque muy poco, en favor de la libertad de testar, limita algo la porción destinada á legítimas. Divide mentalmente la herencia en tres partes iguales. El testador puede disponer con entera libertad de una de ellas, *tercio libre;* reserva forzosamente otra para que sea distribuída con igualdad entre los hijos y descendientes, *tercio de legítima* ó legítima estricta, y dispone precisamente en favor de éstos, pero en la forma que á bien tenga ó con relativa libertad, de la tercera parte restante, *tercio de mejora.*

En rigor de derecho, la mejora es también legítima; es una parte de la porción legítima: no hay más diferencia sino que no pertenece *forzosamente á todos* los hijos ó descendientes, y sí sólo *á aquel ó á aquellos* á quienes el testador *quiera libremente* mejorar. Pero esta diferencia, esta relativa libertad del testador, en cuanto á la mejora, imprime á ésta cierto carácter especial que lleva al legislador á olvidarse de su origen y á dictar sobre ella reglas separadas.

Como podrá deducirse después de examinar las cuestiones que este estudio contiene, la porción de legítima destinada á mejora deja de ser legítima en cuanto se aplica á ese fin, y

Digitized by Google

el heredero forzoso que recibe la mejora se convierte en realidad, en cuanto á ella, en un heredero voluntario. Ahora, si no hay mejora ó se extingue, ese tercio no ha dejado nunca de ser legítima, ó recobra el carácter de tal que había perdido.

Dentro del sistema de legítimas, la mejora obedece á un principio de justicia. Es un medio que se concede al testador para que desvanezca ó borre las desigualdades naturales, económicas ó sociales que pueden existir entre sus descendientes; un arma puesta en su mano para premiar el cariño que le profesen ó los servicios que se le presten, ó para castigar, en su caso, al hijo ingrato no desheredado; un paso dado hacia la libertad de testar.

Mi objeto es examinar las disposiciones del Código civil en cuanto se refiere á mejoras, estén ó no comprendidas en los artículos 825 al 833, pues, como no puede menos de ocurrir, la naturaleza de las mejoras por una parte, el carácter que debe asignarse al descendiente mejorado por otra, y las relaciones de esta materia con las donaciones, los testamentos, las colaciones, las legítimas, etc., harán necesario, en algunos casos, el estudio de otras cuestiones y el examen de otros artículos.

Siguiendo el orden de otros autores que de este asunto se ocuparon antes de regir el Código, examinaré: 1.°, las personas que pueden mejorar y ser mejoradas; 2.°, las especies de mejoras y forma de hacerlas; 3.°, los efectos que producen; 4.°, los modos de terminarse ó causas que las extinguen, y 5.°, disposiciones antiguas y transitorias.

PERSONAS QUE PUEDEN MEJORAR Y SER MEJORADAS

Artículos 823, 830, 831, 782, 824, 813, 670 y 1057.

«Art. 823. El padre ó la madre podrán disponer á favor de alguno ó algunos de sus hijos y descendientes de una de las dos terceras partes destinada á legítimas. Esta porción se llama mejora.»

Este artículo está en relación con el 808, que dice: «Cons-

Digitized by Google

tituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora á sus hijos y descendientes legítimos. La tercera parte restante será de libre disposición.»

Si atendemos á la materialidad de las palabras empleadas en los dos artículos copiados, solamente el padre ó la madre pueden mejorar; pero teniendo facultad de hacerlo á favor de sus hijos y *descendientes*, es claro que corresponde ese derecho, no al padre y á la madre, sino en general á todo ascendiente, pues si se puede mejorar á un descendiente que no sea hijo, evidentemente esta mejora no será hecha por el padre, sino por el abuelo, el bisabuelo, etc.

Tienen derecho á mejora los hijos y descendientes *legítimos*. Aunque el art. 823 no exige esta cualidad, es lógico admitirla, porque así lo expresa claramente el art. 808.

Puede, pues, mejorar el abuelo á alguno ó algunos de sus nietos; pero aquí la ley no ha estado muy explícita, pues si bien en el caso de existir solamente hijos ó solamente nietos no ofrece su inteligencia dificultad alguna, puede haberla cuando al mismo tiempo vivan descendientes de grados diversos.

El ascendiente que tenga nietos, hijos de otros hijos ya difuntos, puede también mejorarlos, aunque vivan otros hijos. Pero ¿pueden los abuelos mejorar á sus nietos, viviendo aún el padre de éstos? La ley 18 de Toro lo permitía de un modo claro y expreso.

Para mí es bastante que la ley no lo prohiba para admitirlo desde luego. Donde la ley no distingue no debe distinguirse, y hablándose siempre de hijos y descendientes, es claro que todos pueden ser mejorados, pudiendo escoger el ascendiente á su arbitrio cualquiera de ellos, sea hijo ó nieto, viva ó no viva su respectivo antecesor. Sin embargo, como he visto propuesta como dudosa esta cuestión, al parecer sencilla, he estudiado

Digitized by Google

el caso, y aun prescindiendo de lo dicho, creo que puede encontrarse una solución satisfactoria.

El art. 823 dice que el padre ó la madre podrán disponer á favor de alguno ó algunos de sus *hijos ó descendientes;* pero aunque la partícula *ó*, empleada entre hijos y descendientes, pueda hacer suponer una solución favorable á la duda apuntada, bien examinado el artículo, la verdad es que no resuelve nada. Pueden ser mejorados los hijos ó los descendientes. Esto sólo quiere decir que pueden ser mejorados unos ú otros, que viene á ser lo mismo que unos y otros, y aquel á quien esto no sea bastante no debe tampoco bastarle aquello, porque aunque quiera entenderse que, viviendo hijos, pueden ser mejorados también los descendientes, no sería nunca bastante clara la deducción de que esos descendientes eran aquellos cuyo padre aun existía, pues lo más verosimil sería suponer lo contrario, esto es, que podían mejorarse los nietos, biznietos, etc., lo mismo que los hijos, pero á falta de éstos.

En efecto, dentro de cada línea, en el orden general de las sucesiones, el más próximo excluye al más remoto. La legítima la reciben los hijos, y sólo por su falta pasan á ser herederos forzosos los descendientes de esos hijos. Las reglas dictadas para la sucesión intestada en los artículos 930 al 934 se inspiran en la misma idea, que es norma en toda sucesión: el más próximo excluye al más remoto; el hijo mientras viva excluye, por la mayor proximidad de su parentesco, á sus respectivos hijos, nietos del causante.

Por otra parte, la legítima no admite gravamen alguno. Así lo expresa claramente el art. 813: «El testador no podrá privar á los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados en la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen de especie alguna, ni condición, ni sustitución, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.» La mejora se saca de la legítima, es una parte de ella. Como tal legítima pertenece desde luego á los legitimarios, y únicamente á ellos, sin más diferencia que la de que no se distri-

Digitized by Google

buye con arreglo á la ley, sino que el ascendiente puede destinarla á aquel ó á aquellos que mejor le parezca, pero precisamente de entre los legitimarios. Ahora bien: como los legitimarios, ó las personas que tienen derecho á legítima, son solamente los descendientes de grado más próximo, parece que éstos solamente pueden ser los mejorados, pues la mejora á favor de un nieto viviendo su padre implicaría, ó una privación de parte de la legítima, ó un gravamen, condición ó sustitución, impuesto sobre ella, cosas ambas igualmente prohibidas por el art. 813.

En cuanto á lo primero, ó sea que en el orden de las sucesiones el pariente de grado más próximo excluye al más remoto, es un hecho cierto, pero sólo aplicable á las sucesiones que regula la ley (legítimas y sucesión intestada). Tratándose de herederos escogidos por el testador, no hay más regla que la voluntad de éste. La mejora pertenece á los hijos y descendientes, á unos y á otros; el testador no puede disponer fuera de ellos, pero sí escoger entre ellos á su arbitrio, por lo que no cabe preferencia en favor de los más próximos.

En cuanto á lo segundo, de que por ser la mejora legítima sólo corresponde á los legitimarios, y por tanto, á los más próximos, en opinión mía no se interpreta acertadamente la idea del legislador.

La mejora es una parte de la legítima: cierto, nace de ella, como nace un hijo de su madre; pero en cuanto nacé, en cuanto se destina á mejora, ya no es legítima; ya tiene, digámoslo así, personalidad distinta é independiente, y el legislador le dedica reglas especiales. Por eso las disposiciones sobre legítimas sólo deben considerarse aplicables á los dos tercios del caudal del ascendiente cuando no hay mejora, y al tercio de legítima estricta cuando la hay. En el ambiente de relativa libertad que rodea á las mejoras, no cabe el rigorismo legal que se aplica á las legítimas.

El art. 813 sienta una regla general, que al parecer sólo tiene una excepción: la cuota usufructuaria del viudo, y esto, apli-

Digitized by Google

cado á la mejora, no es verdad, aunque así resulte de los términos de ese artículo examinado aisladamente. O hay que admitir que la mejora no es legítima, ó hay que convenir en que los artículos 782 y 824 contienen otras excepciones de la regla expresada en el art. 813.

El art. 782 dice: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado á la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes».

Aquí la ley ya distingue entre la legítima y la mejora; por lo que no es aventurado suponer que, aunque en el rigor de los principios la mejora es también legítima, para la ley pierde después ese carácter por la misma fuerza de los hechos, que exigen disposiciones diferentes. Hay que aplicar por tanto la doctrina que distingue entre la legítima larga y la legítima corta, y aplicar solamente á ésta todo el rigor que se encierra en el art. 813 y en otros de la misma sección.

Y ni aun es preciso que haya mejora según el art. 782. La legítima corta no admite gravamen alguno; la porción *destinada por la ley* á mejora, *aunque no se destine* á eso *por el testador*, puede ser gravada con sustitución fideicomisaria en favor de los descendientes, y no en favor de otras personas, porque entonces se desnaturalizaría por completo la institución. ¿Qué es esta especie de sustitución hecha á favor de un descendiente, y gravando un tercio de la herencia que no es el tercio libre, más que una verdadera mejora, más ó menos tácita, más ó menos encubierta?

Tratándose de los descendientes, hay, pues, un tercio de bienes que forzosamente ha de recaer con igualdad entre los de grado más próximo dentro de cada una de las líneas que representan cada uno de los hijos del testador; tercio intangible, digámoslo así, al que no alcanza limitación alguna, y sobre el que no puede imponerse, no ya gravamen, sino ni aun condición. Respecto á él no cabe la excepción del art. 813 dictado en general para toda clase de legítima, porque la cuota usu-

Digitized by Google

fructuaria del viudo ha de sacarse de la tercera parte de los bienes destinada á la mejora de los hijos, según el art. 835, y no puede por tanto gravar nunca la legítima corta ó estricta.

Hay otra tercera parte de bienes que la ley destina á mejora, aunque el testador no la aplique á ese fin, y la distribuya también con igualdad aumentando la legítima corta y constituyendo el total de bienes que forma la legítima larga. Esta tercera parte, exista ó no mejora, es siempre de los descendientes, pero se halla gravada con el usufructo vitalicio que la ley concede al cónyuge viudo, según se desprende de los artículos 813 y 835, y puede también gravarse con sustitución fideicomisaria á favor de otro descendiente, sea de primero ó ulterior grado, y exista ó no exista un descendiente más próximo en la misma línea, porque así lo preceptúa el art. 782 sin distinción alguna. Luego según este artículo puede el abuelo mejorar á un nieto aun viviendo el padre de éste bajo la forma de sustitución fideicomisaria, ó sea encargando á uno de sus hijos ó á todos que transmitan á un nieto determinado el todo ó una parte del tercio destinado por la ley á mejora.

Pero no sólo se permite la mejora de que tratamos en esa forma limitada y poco frecuente. El art. 824 convencerá de ello.

«Art. 824. No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de *los legitimarios ó sus descendientes.*»

Este artículo prueba una vez más que el legislador considera aplicables distintas reglas al tercio destinado á mejora que al que constituye la legítima corta, porque en caso contrario, después de la disposición terminante del art. 813, no había que volver más á la cuestión de si podían ó no imponerse gravámenes, y el art. 824 algo significa. Lo repetimos: ó el artículo 813 se refiere sólo á la legítima corta, ó hay que admitir que el 824 constituye otra excepción á la regla general que en aquél se contiene.

Sobre el tercio de mejora pueden imponerse gravámenes, en cualquiera forma, porque la ley no impone limitación alguna

Digitized by Google

con tal que se establezcan en favor de los legitimarios ó sus descendientes.

Ya no habla el legislador de hijos ó descendientes, sino de los legitimarios ó sus descendientes. De aquí se deduce, para la cuestión que examino, una afirmación indudable; pero al mismo tiempo arranca una duda que es más difícil de resolver, á no violentar algo el sentido de las palabras de la ley.

La afirmación que se deduce es la siguiente: El abuelo puede mejorar al nieto, viva ó no viva el padre. En efecto, legitimarios son los que tienen, según la ley, derecho á legítima. En la línea descendente lo son: primero, los hijos; segundo, los nietos; tercero, los biznietos, etc., excluyendo dentro de cada línea el más próximo al más remoto. Los descendientes de los legitimarios, mientras viva su antecesor, no tienen derecho á legítima. La ley, al hablar de esos descendientes con relación á los legitimarios, supone indudablemente la posibilidad de que sobre la mejora se imponga por el abuelo un gravamen á favor de un nieto, viviendo el padre; porque si éste no viviese, el nieto sería el legitimario y el gravamen podría establecerse en favor de sus descendientes. Este gravamen absorberá el todo ó una parte de la mejora, por lo que, á pesar de existir hijos, la mejora puede pasar á los nietos, biznietos, etc. Si se limita la significación de la palabra gravámenes, sólo podrá pasar á ellos el usufructo de la mejora ó algún derecho análogo.

¿Será necesario que la mejora exista, ó será aplicable el artículo 824, como el 782, á la porción destinada por la ley á mejora, aunque no la destine á ese fin el testador? Dadas las palabras del artículo, hay que suponer la existencia de la mejora y la posibilidad de imponer sobre ella gravámenes.

Pero en el fondo es lo mismo; sólo cambia la forma. Si de ese modo puede el testador privar á alguno ó á algunos de sus herederos forzosos del tercio destinado á mejora en favor de otros descendientes, ¿por qué no reconocerle la misma facultad, pero ejercitada de un modo directo? Para los que pierden aquel tercio es lo mismo; para los que lo obtienen también.

Digitized by Google

Volvemos, por tanto, al principio. La mejora pertenece á los hijos y descendientes. El ascendiente dispone de ella con libertad; no puede disponer fuera de ellos, pero sí escoger entre ellos; luego no puede haber preferencia alguna en favor de los descendientes de grado más próximo; la preferencia la determina la voluntad del mejorante.

La duda que proviene del art. 824 nace de la palabra legitimarios, cuya extensión desnaturaliza el fin de las mejoras; pero como no se refiere á las personas que pueden mejorar y ser mejoradas, será examinada en otro lugar.

En resumen.—Pueden mejorar los ascendientes.

Sólo pueden ser mejorados directa ó indirectamente los descendientes legítimos. Habiendo hijos de distintos matrimonios, la mejora puede recaer en cualquiera de ellos ó de sus descendientes, con tal que tengan esa cualidad con relación al mejorante; pues si fuesen hijos del otro cónyuge, habidos en otra unión anterior, no serían descendientes de dicho mejorante. Los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutan los mismos derechos que los hijos legítimos, según el art. 122 del Código civil, y pueden, por tanto, ser mejorados. Los legitimados por concesión real no pueden obtener ese beneficio, pues con arreglo al núm. 3.º del art. 127, sólo tienen derecho á la porción que les asigna el art. 844. El hijo adoptivo, así como el natural y los demás ilegítimos, no pueden tampoco ser mejorados. El hijo póstumo sí, por reputarse nacido para todo lo que le sea favorable. (Art. 29.)

***

El art. 830 da á la facultad de mejorar un carácter personalísimo. «La facultad de mejorar, dice, no podrá encomendarse á otro.»

Esta es la regla general, cuya excepción se contiene en el art. 831. Solamente el ascendiente puede, por tanto, disponer del tercio destinado á mejora en favor de las personas á quie-

Digitized by Google

nes la ley se refiere. Así también lo dispuso la ley 19 de Toro.

Cuando la mejora se hace en testamento, el art. 830 repite en un caso especial lo establecido antes en términos generales por el art. 670.

«El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituídos nominalmente.»

Pero la mejora puede hacerse por acto entre vivos: ¿podrá en este caso darse á otra persona mandato ó poder para mejorar? Por lo mismo que si se limitase el art. 830 á la mejora hecha en testamento, no diría nada nuevo, no haría más que repetir lo establecido en el 670, hay que hacer extensiva su disposición á la mejora hecha por contrato, con tanta mayor razón, cuanto que el art. 830 se refiere á la mejora en general, á toda clase de mejoras, y donde la ley no distingue no debe distinguirse. A esto se añade lo innecesario de tal mandato, porque, esté donde quiera el mejorante, puede hacer por sí mismo la mejora, y si no ha de surtir efecto hasta su muerte, hasta entonces no requiere aceptacion, y si mediare entrega de bienes ó hubiere de surtir efecto durante su vida, equivaldría á una donación entre vivos, que pueden aceptar por medio de poder los donatarios, caso de no poderlo hacer por sí mismos, con arreglo á los artículos 630 y 631 del Código civil.

La promesa de mejorar ó no mejorar también debe hacerse por el mismo mejorante, sin poder encomendarse á otro; pues, dados sus efectos, admitir otra cosa equivaldría á dejar sin efecto el art. 830.

Esta regla de no poder encomendarse á otro la facultad de mejorar, tiene la excepción contenida en el art. 831, según el cual «podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el

Digitized by Google

viudo ó viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir á su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.»

Este artículo es, en parte, excepción también de los artículos 670 y 1057, que aunque incidentalmente, será forzoso examinar.

La ley no introduce esa excepción, sino en casos especiales y con determinadas limitaciones, que hacen algo complicado el caso á que se refiere.

Según el art. 831, se necesita la concurrencia de las circunstancias siguientes:

1.ª Que la distribución del caudal y la facultad de mejorar se autorice en capitulaciones matrimoniales.

2.ª Que esa autorización y facultad se encomiende al cónyuge sobreviviente que permanezca en estado de viudez, y en favor solamente de los hijos comunes.

3.ª Que el cónyuge premuerto haya fallecido intestado.

Y 4.ª Que no se perjudiquen las legítimas y se respeten las mejoras que en vida hubiere hecho el difunto.

La primera se refiere á la forma, por una parte, y á la facultad que se puede conceder por otra. Las capitulaciones matrimoniales son la única forma admisible para que pueda cometerse á otro la facultad de mejorar. Antes de celebrarse el matrimonio y en escritura pública, ha de acordarse todo lo relativo al régimen económico de la sociedad conyugal, y en ese acto, preverse el caso que motiva el art. 831.

La segunda se refiere á la persona en quien puede sustituirse la facultad de mejorar. Unicamente al viudo puede concedérsele tal derecho, excepción justificada porque va á distribuir el caudal y á destinar la mejora, si lo creyese conveniente, entre sus propios hijos, respecto á los cuales su interés y su cariño deben ser tan grandes por lo menos como los del difunto.

Ahora bien; cuando el viudo contrae segundas nupcias,

Digitized by Google

puede temerse que disponga de los bienes del difunto en favor de otras personas, porque aquel interés y cariño que justificaba la sustitución va á compartirse con un nuevo cónyuge, y tal vez con otros nuevos hijos.

La tercera es la base, el fundamento de ese encargo ó comisión. Haciendo testamento el cónyuge premuerto, solamente él puede mejorar; pero como hay casos, por desgracia frecuentes, en los cuales la muerte sorprende al hombre sin que haya otorgado su última voluntad, los contrayentes pueden prever ese acontecimiento, encomendándose mutuamente la distribución del caudal y la facultad de hacer mejoras. Hay que dejar bien sentado que el fundamento de la excepción es precisamente el hecho de morir intestado el cónyuge premuerto.

La cuarta circunstancia casi puede considerarse innecesaria. Se trata de la sucesión del cónyuge difunto. Sus herederos forzosos tienen derecho, por lo menos, á su legítima, y como ésta la da la ley, no puede, es claro, el cónyuge sobreviviente privarles de ella ni perjudicarles; ¿cómo conceder al comisario mayores facultades que al comitente? En cuanto á las mejoras hechas por aquél durante su vida, quedaron firmes é irrevocables mediante su fallecimiento. Mal podría revocarlas un tercero, como es el cónyuge sobreviviente.

Por esto todo queda reducido á que en capitulaciones matrimoniales, pueden los cónyuges convenir en que muerto uno de ellos sin testamento, pueda el otro, si se conserva en estado de viudez, repartir el caudal del premuerto y mejorar en él á los hijos comunes.

¿Y á los demás descendientes? El artículo nada dice. Concretándonos á las mejoras, puesto que la distribución del caudal merece un examen separado y especial, mientras el Tribunal Supremo no autorice otra cosa, es muy aventurado comprender en la palabra ó frase hijos comunes, á todos los descendientes, ya que siendo este caso una excepción del principio general contenido en el art. 830, debe interpretarse en sentido restrictivo, y así se deduce además de las otras disposi-

Digitized by Google

ciones de la misma sección, cuyos artículos 823, 824, 825, 828 y 833, al referirse á las personas que pueden ser mejoradas, hablan siempre de hijos y descendientes, no excluyendo nunca á éstos, ni refiriéndose en ningún otro solamente á los hijos; por lo cual al limitar el art. 831 las mejoras que puede hacer el cónyuge sobreviviente con los bienes del difunto á los *hijos* comunes, parece lógico y natural reducir á los hijos esa facultad, y excluir de ese beneficio á los demás descendientes.

Aunque esta interpretación parece la más acertada, no se ve clara la razón que haya podido tener el legislador para esta exclusión. Casos habrá en que sólo queden nietos. ¿No podrá en esos casos mejorar el cónyuge viudo autorizado para ello en capitulaciones matrimoniales por el premuerto? El derecho de representación, concedido en los artículos 924 y 925 del Código, puede servir para sostener esta opinión, que aunque menos legal, es más razonable.

Facultado el conyuge sobreviviente sin distinción alguna para mejorar en los bienes del difunto á los hijos comunes, lo mismo puede realizar esta mejora por acto entre vivos que *mortis causa*.

Pero el art. 831, aunque por el lugar que ocupa en el Código sólo debía referirse á mejoras, trata también de una cuestión extraña, que debía haber sido objeto de otro artículo en diferente sección. No sólo se autoriza al viudo ó viuda para mejorar á los hijos comunes, sino también para que distribuya, á su prudente arbitrio, los bienes del difunto. ¿Entre quién? ¿entre los mismos hijos? Esto no se expresa claramente.

A primera vista parece que ha de poder hacerse con libertad por las consideraciones siguientes: los hijos comunes y los demás descendientes que tengan derecho á legítima, han de percibir siempre ésta y además las mejoras que en vida les hubiese hecho el finado. La distribución, pues, que el viudo puede practicar, se refiere especialmente al tercio de mejora, que es desde luego de los hijos y descendientes, y al tercio de

Digitized by Google

libre disposición, que no ha de perder ese carácter porque en este caso particular obre el viudo, no por sí mismo, sino como comisario ó mandatario del difunto que no llegó á testar. Las palabras «podrá válidamente pactarse que el viudo ó viuda pueda distribuir, *á su prudente arbitrio*, los bienes del difunto», parecen encerrar una amplia autorización, porque la mejora y no la distribución del caudal es la que se refiere á los hijos comunes, y por tanto la distribución en cuanto al tercio libre debe ser hecha con libertad, *al arbitrio* del viudo, sea en favor de quien sea, del mismo modo que si la hubiese hecho el verdadero dueño. Si otra fuese la intención del legislador, debiera haber dicho: «Pueda el viudo ó viuda distribuir el caudal del difunto entre los hijos y descendientes comunes y mejorarles.»

Estas consideraciones pierden su fuerza fijándose en que el art. 831 sólo faculta al viudo para *distribuir*, no para designar personas extrañas como herederos de parte del caudal. Disponer con completa libertad del tercio libre, equivaldría á una institución de herederos ó á una designación de legatarios ó fideicomisarios, hecha, no por el testador, sino por un tercero en su nombre, lo cual está prohibido en el art. 670.

Distribuir es la palabra usada por el legislador, y distribuir significa repartir, dividir una cosa entre varios. Además, siquiera esté mal redactado el artículo, y puesta la palabra *hijos*, después de la de mejorar, parezca que sólo á las mejoras se refiere, es lo cierto que sólo se habla de hijos, y la distribución á extraños requería una expresión más clara que no existe. El párrafo entero dice: «Pueda el viudo ó viuda distribuir los bienes del difunto y mejorar en ellos á los hijos comunes.» El viudo ó viuda puede estar autorizado para distribuir los bienes del difunto, y para mejorar en esos mismos bienes á los hijos. Enlazadas ambas cosas, refiriéndose la distribución y la mejora á los bienes del difunto, y hablándose solamente de una clase de personas, los hijos, no es aventurado tampoco deducir que sólo entre los hijos puede hacerse esa distribución.

Y aun hay más. El fundamento de la excepción del ar-

Digitized by Google

tículo 830, y de la autorización, es el fallecimiento intestado de uno de los cónyuges. La ley es la que designa en este caso el orden de las sucesiones. ¿Hay descendientes? Pues ellos adquieren, por ese solo hecho, el derecho á todos los bienes del difunto, y mal puede privarles un tercero, siquiera ese tercero sea el cónyuge sobreviviente, de una tercera parte en beneficio de otros, siendo así que el art. 831 y el cónyuge premuerto sólo autorizan para distribuir los bienes, no para alterar el orden de suceder.

La necesidad de interpretar restrictivamente el artículo, y sobre todo, la consideración de que sólo se autoriza al cónyuge sobreviviente para distribuir, repartir ó *dividir* el caudal, no permiten que se entienda ese cónyuge facultado para sacar de su verdadero destino en una *sucesión intestada* el tercio de libre disposición, haciendo llamamientos arbitrarios de herederos ó repartiendo en legados á personas más ó menos extrañas el caudal del difunto. De otro modo, el viudo ó viuda podría hacer testamento por el cónyuge premuerto en absoluto y del mismo modo que él, contra el precepto terminante del artículo 670, ó disponer por contrato de esos mismos bienes, con tal que no perjudicase las legítimas ni las mejoras, lo cual sería aun más absurdo. Hubiera entonces bastado que el art. 831 dispusiese que en capitulaciones matrimoniales, y caso de morir intestado uno de los cónyuges, pudiera autorizarse al otro para hacer por el difunto testamento ó disponer de los bienes del mismo con las limitaciones legales, lo cual está muy lejos de disponer.

Así sólo resulta una cosa. Muerto un cónyuge sin testamento, sus bienes corresponderían desde luego á sus descendientes, y la herencia se distribuiría entre ellos con arreglo á los artículos 930 al 934. Pues en el caso del art. 831 el cónyuge ha muerto sin testar; sus bienes son desde luego de sus hijos y descendientes; pero en vez de distribuirse ó dividirse entre los mismos con entera igualdad, puede distribuirlos ó dividirlos á su prudente arbitrio, y sin perjuicio de las legítimas, el cónyuge

Digitized by Google

sobreviviente si permanece en estado de viudez. Esto es todo, y se reduce á una mera designación de partes entre los hijos y descendientes.

A pesar de todo, resulta algo limitado el art. 670; pero el que más parece que se modifica es el 1057, dada la justa interpretación que á éste ha dado el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de Febrero de 1892.

El art. 1057 dice así: «El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* ó *mortis causa*, para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición á cualquiera persona que no sea uno de los coherederos.»

La sentencia de 8 de Febrero de 1892 declara que el viudo ó viuda tiene el carácter de coheredero y no puede, por tanto, encomendársele la facultad de hacer la partición. El fundamento de esta declaración se halla en el considerando quinto, según el cual, el viudo es coheredero con los demás que con este carácter concurran á la herencia desde el momento en que la ley le señala una parte alícuota en los bienes del cónyuge premuerto, y viene á suceder á éste, con ó sin su voluntad, aparte de que el art. 807 del mismo Código clara y expresamente llama al viudo ó viuda herederos forzosos, por lo que se hallan incluídos en la prohibición establecida por el art. 1057 para ser partidores de la herencia del cónyuge premuerto.

La deducción es natural y lógica, y es forzoso admitirla. Si los legisladores no previeron esta consecuencia, suya solamente puede ser la culpa. Y que la ley no vió esa incompatibilidad del cónyuge sobreviviente para partir los bienes del premuerto, en el caso de existir descendientes comunes, lo prueba el art. 831, en el que no sólo se le autoriza para dividir los bienes con arreglo á la voluntad ya expresada del testador, sino, aun más que eso, para distribuir esos bienes á su prudente arbitrio y para mejorar. En la simple partición, á que se refiere el art. 1057, las porciones ya están señaladas, las bases constan en el testamento, sólo falta darles vida, practicar el inventario, avalúo y liquidación, y haciendo cesar la proindi-

Digitized by Google

visión del caudal, adjudicar á cada interesado bienes determinados y separados de los de los demás. En la distribución y facultad de mejorar de que habla el art. 831, hay, por lo menos, una cosa de más: el derecho de hacer mejoras; y aun puede sostenerse que la distribución comprende también algo más que la simple partición: la designación de porciones á los herederos legales.

No median las mismas razones para que al viudo ó viuda pueda encomendársele la partición de los bienes del difunto en el caso de no existir descendientes, porque si cuando se trata de sus propios hijos y descendientes no debe haber temores de que sufran perjuicio en sus intereses, por deber considerarse su cariño igual al del difunto y suficiente garantía; cuando los coherederos son ascendientes ó colaterales ó median hijos de otro matrimonio, esa garantía no sólo no existe, sino que, antes al contrario, su interés encontrado y tal vez otros sentimientos antagónicos pudieran hacer que la partición resultase injusta.

La prohibición del art. 1057 comprende indudablemente al cónyuge viudo; pero sería justa una excepción en favor de éste cuando los coherederos fuesen hijos y descendientes. En este sentido se inspira el art. 831, excepción desde luego de aquél, pero limitada al caso especial de pactarse en capitulaciones matrimoniales y de morir intestado uno de los cónyuges. En todo caso, el viudo ha de permanecer en estado de viudez.

El viudo casado segunda vez puede mejorar en los bienes reservables á los descendientes del primer matrimonio, según el art. 972 del Código civil.

ESPECIES DE MEJORAS: FORMA DE HACERLAS

Artículos 825, 827, 828, 620, 819, 1036, 636, 820, 824, 818, 835, etc.

Los mejoras se dividían antes en mejoras de tercio y quinto, mejoras hechas por testamento y por contrato, revocables é irrevocables, expresas y tácitas.

Digitized by Google

Las mejoras del quinto nunca debieron considerarse tales, y hoy con mayor motivo, habiendo desaparecido ese quinto de bienes. No hay más que una porción destinada á mejora, con arreglo á los artículos 808 y 823: la tercera parte del caudal. Todas las mejoras, si existen, son del tercio. En cuanto al tercio libre, si se deja á uno ó varios descendientes, podrá considerarse herencia ó legado, pero nunca podrá estimarse propiamente como mejora.

También hoy son casi todas las mejoras expresas, cualquiera que sea la forma en que se verifiquen; pero hay una excepción, hay un caso de mejora tácita, según se deduce de los artículos 825 y 828, que examinaré después.

Las mejoras, en cuanto á su forma, pueden ser hechas por testamento ó en contrato, si bien sus efectos no dependen de la forma solamente, por lo que esta distinción ha perdido casi toda su importancia.

Quedan, pues, como verdaderas é importantes especies de mejoras las de *revocables* é *irrevocables*, siendo suficientemente claro lo que estas denominaciones significan.

Por regla general, todas participan de la naturaleza de las disposiciones *mortis causa*, todas son revocables; pero las hechas en capitulaciones matrimoniales ó por contrato oneroso con un tercero, no pueden revocarse. El art. 827 dice: «La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, á menos que se haya hecho en capitulaciones matrimoniales ó por contrato oneroso con un tercero.»

Las mejoras *revocables* pueden ser hechas por testamento ó por contrato, y en este caso, con entrega ó sin entrega de los bienes en que consiste. El contrato es en estas mejoras una verdadera donación *mortis causa*, así que aunque los bienes pasen á poder del donatario, el título de éste es revocable, y no puede disponer de ellos, según diremos más adelante.

Para la revocación no se necesita causa, ni son, por tanto, aplicables los artículos 644 y siguientes del Código civil, pues según el 620, aquellas donaciones se rigen por las reglas esta-

Digitized by Google

blecidas para la sucesión testamentaria, según las cuales la voluntad del hombre es mudable hasta su muerte.

Pero siquiera baste la voluntad más ó menos caprichosa del mejorante para revocar la mejora, ¿bastará la revocación tácita? No es posible dar una contestación en absoluto. Aparte la distinción entre mejoras revocables é irrevocables, y concretándonos á las primeras, puesto que se trata de revocación sin causa, por la sola voluntad del mejorante, aun hay que distinguir. La mejora puede estar hecha en testamento ó en contrato, y en este caso consistir en bienes determinados ó indeterminados, ya medie ó no entrega de los objetos en que consista.

La mejora hecha en testamento sigue la suerte de éste. «El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo ó en parte. Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.» (Art. 739 del Código civil.)

Revocado el testamento que contenía la mejora por otro posterior en que no se mencione, debe entenderse, por tanto, revocada tácitamente la mejora, y bastante esa revocación, ya consistiese ó no en bienes determinados.

La mejora hecha en contrato, si consiste en bienes determinados, se entreguen ó no al mejorado, puede ser también revocada tácitamente, y se entenderá así siempre que el mejorante, después de hacerla, aun sin manifestar que revoca la mejora, disponga entre vivos ó por causa de muerte en favor de persona distinta del mejorado de los mismos bienes en que aquélla consistía.

Si no consiste en bienes determinados, esta indeterminación hace necesaria una revocación expresa, pues sin ella, mientras haya bienes para pagar la mejora, no se puede considerar tácitamente revocada. Sin embargo, si en testamento posterior al contrato, el testador dispone en favor de otro ú otros descen-

Digitized by Google

dientes del tercio de mejora, habrá de entenderse revocada la donación ó mejora anterior, en todo ó en parte, según los casos.

Es, por lo tanto, regla general en las mejoras revocables, que la disposición posterior contraria se entiende que las revoca.

La mejora hecha en capitulaciones matrimoniales ó por contrato oneroso con un tercero, ya es *irrevocable*. En ambos casos hay terceros interesados, hay una serie de pactos que ligan estrechamente á los contratantes, y sería anómalo que unos quedasen obligados en absoluto y otros á medias, que para unos fuesen sus actos irrevocables y para otros no.

Las capitulaciones matrimoniales se otorgan por los que van á unirse en matrimonio y precisamente antes de éste. Parece deducirse del art. 1315 que únicamente los futuros contrayentes intervienen en las capitulaciones, sin que otra cosa expresen claramente los artículos que se ocupan de la misma materia, y en este caso, como aun no deben existir hijos de una unión aun no realizada, sólo puede haber una promesa de mejorar, y aun ésta impropiamente y sin verdadero fundamento, ya que, aun tratándose de póstumos, es condición indispensable para que puedan adquirir derechos el que estén concebidos. (Art. 29 del Código civil.)

El art. 827 se refiere indudablemente á mejoras hechas por los padres de los contrayentes por ó con ocasión del matrimonio, cuyos padres ó ascendientes es natural que intervengan en las capitulaciones matrimoniales, y que en ellas se convenga el capital que han de aportar los hijos, y todo lo relativo al régimen de la sociedad conyugal. La mejora hecha en esta forma, si pudiera revocarse, alteraría las bases pactadas en las capitulaciones, y lesionaría los derechos de un tercero.

Pero cualquiera que sea la forma que se adopte al disponer de los bienes, ha de expresarse de un modo claro y terminante

Digitized by Google

que se destinan á mejora. No siendo así, la ley no lo supone nunca por regla general; antes al contrario, considera que tal mejora no existe.

Véanse los dos casos que pueden ocurrir:

PRIMER CASO.—CONTRATOS.

En cuanto á la disposición de bienes por contrato rige el artículo 825 del Código civil, contrario en su letra y espíritu á la ley 26 de Toro.

«Art. 825. Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple ó por causa onerosa, en favor de hijos ó descendientes que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de un modo expreso su voluntad de mejorar.»

Una dificultad previa se presenta á la simple lectura de este artículo. Se trata de hijos ó descendientes *que sean herederos forzosos,* y como herederos forzosos lo son solamente los de grado más próximo, pues mientras vivan y no sean indignos, ó se hallen desheredados, excluyen á su respectiva descendencia; se sigue que la ley ó considera aplicables distintas reglas cuando se trate de descendientes que no sean herederos forzosos, ó supone que la mejora no puede recaer más que en esa clase de herederos y no en sus descendientes; á menos de no admitir que el legislador usó esas palabras sin intención, y considerando que, según el art. 808, son herederos forzosos en general tanto los hijos como los demás descendientes.

Cualquiera de estas soluciones lleva consigo graves objeciones.

Los legisladores no podían ignorar que los hijos y descendientes son desde luego herederos forzosos, con arreglo al artículo 808; por lo cual hay desde luego que suponer que con marcada intención añadió las frases «que sean herederos forzosos», excluyendo así de sus disposiciones á los que no tuviesen esa cualidad, aunque fuesen hijos ó descendientes.

Supuesta desde luego esa intención, no es admisible que

Digitized by Google

indirectamente y fuera de lugar quisiese privar á los descendientes que no fuesen herederos forzosos del derecho de ser mejorados, pues aparte de que ya he demostrado que pueden hacerse mejoras á un nieto viviendo su padre, el legislador hubiera expresado claramente su pensamiento en otro artículo, y no de un modo incidental, raro y confuso, al tratar de si las donaciones por contratos entre vivos debían ó no reputarse mejoras.

No queda, pues, más que una solución: las donaciones hechas á descendientes que no sean herederos forzosos se rigen por distintas reglas, no están comprendidas en el art. 825, pueden reputarse mejoras aunque el donante no lo haya manifestado así de un modo expreso y terminante. Parece anómalo que se conceda á esos descendientes lo que no se otorga á los herederos forzosos, que aquéllos disfruten el privilegio de poder ser tácitamente mejorados y éstos no. Pero aparte de que no hay más remedio que entenderlo así, convence de que es esa la idea del legislador el art. 819, con el cual se halla el 825 íntimamente relacionado.

Dice el art. 819: «Las donaciones hechas á los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán á su legítima.

»Las donaciones hechas á extraños se imputarán á la parte libre de que el testador hubiere podido disponer por su última voluntad.

»En cuanto fuesen inoficiosas, ó excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes.»

Las donaciones hechas por contrato entre vivos, como dice la ley, á favor de hijos (y descendientes, debe añadirse) que no tengan el concepto de mejora, deben imputarse á su legítima, según este artículo. Los descendientes que no sean herederos forzosos no tienen derecho á la legítima; luego no puede hacerse esa imputación respecto á ellos; luego si el causante les hizo alguna donación por contrato entre vivos, no puede presumirse nunca que quiso hacerles un anticipo de una legítima

Digitized by Google

que no les correspondía; luego forzosa é irremediablemente no tiene aquí aplicación el art. 825, y aunque el donante no declare de un modo expreso que la donación se repute mejora, ó hay que considerarla tal, ó hay que reconocer á esos descendientes como donatarios extraños, é imputarla en el tercio libre.

¿Cuál de estas soluciones debe adoptarse? Cualquiera de las dos, porque la ley no preve este caso. Excluído del art. 825, y no tratando de él especialmente en ningún otro, el art. 819 no lo aclara lo suficiente. Según éste, sólo puede haber, al parecer, donaciones á hijos ó donaciones á extraños. En su primer párrafo deben comprenderse también los descendientes; pero para estar redactado con verdadera precisión debía decir, de conformidad con el art. 825: «Las donaciones hechas á hijos ó *descendientes que sean herederos forzosos*, y no tengan el concepto de mejoras (por no haberse declarado así de un modo expreso), se imputarán á su legítima.» Que esta fué la idea del legislador lo comprueban las últimas palabras, toda vez que los descendientes que no sean herederos forzosos no tienen derecho á legítima. Pero en este caso los descendientes expresados resultan excluídos del art. 825, y no comprendidos en el 819, porque tampoco son extraños. La donación ¿se reputará mejora ó se imputará en el tercio libre?

En la duda, yo la imputaría al tercio libre, porque el espíritu de la ley es contrario á las mejoras tácitas, porque los descendientes que no son herederos forzosos no deben ser más privilegiados que los que tienen derecho á legítima, porque el artículo 819 contrapone las donaciones hechas en favor de los legitimarios á las que se hacen á extraños, y puesto que en esta palabra se comprenden sin duda parientes que no son en realidad extraños, bien puede suponerse que el segundo párrafo se refiere á las donaciones hechas á todos los que no sean legitimarios, y por último, porque de otro modo los herederos forzosos sufrirían perjuicio en sus legítimas, sin una manifestación clara y explícita de que tal fuese la voluntad del donante.

Digitized by Google

Otra duda lleva consigo el art. 825, que resalta más al combinarle con el 819. Aquel habla de donaciones *por contrato entre vivos;* éste de donaciones en general. ¿Qué quiere decir donaciones por contrato entre vivos? La donación es un contrato. Si el artículo se refiere á las donaciones entre vivos, sobra lo de contrato; si se refiere á toda clase de donaciones, están demás las palabras por contrato entre vivos. De todos modos, esta expresión resulta confusa, porque contratos entre muertos no pueden existir. He repetido las palabras de la ley siempre que ha sido necesario, pero falta aclararlas.

El art. 819 trata de toda clase de donaciones. Esto es indudable, porque se refiere al tiempo de morir el donante, única época en que se puede calcular el valor de los bienes que deja, fijarse el importe de las legítimas é imputarse á ellas las donaciones hechas en vida. Estas donaciones, aunque se hiciesen por causa de muerte, han quedado firmes é irrevocables por el fallecimiento del donante, y teniendo ya en esa época el mismo valor que las donaciones entre vivos, deben seguir las mismas reglas que éstas, é imputarse también á la legítima.

El Código civil, al tratar de determinar que las disposiciones del causante no se consideren mejoras mientras expresamente no conste haber sido esa su voluntad, distingue entre disposiciones hechas por contrato y disposiciones hechas en testamento (arts. 825 y 828). Pero al tratar de las primeras dice: «las donaciones por contrato entre vivos», y al tratar de las segundas: «la manda ó legado hecho por el testador». Las donaciones por causa de muerte, ¿se comprenden en el artículo 825 ó en el 828?

Si, según hemos visto antes, han de imputarse á la legítima según el art. 819, no pueden estar comprendidas en el 828, que supone la imputación á la parte libre, y, ó no ha pensado en ellas el legislador, ó entran en la esfera del art. 825. Debe entenderse esto último, pues aparte de que han de imputarse á la legítima, es contrario al espíritu de la ley, el que por ser las donaciones *mortis causa,* deban reputarse mejoras, aunque

Digitized by Google

no medie una declaración expresa. La ley obedece á una idea: limitar, si no destruir en absoluto, las mejoras tácitas, y para ello debe suponerse que no se limitó á distinguir las donaciones entre vivos de los legados, sino que lo que quiso separar fueron las disposiciones hechas por contrato de las disposiciones contenidas en testamento. Por eso, aunque impropiamente, no dijo solo: «ninguna donación entre vivos», sino «ninguna donación por contrato entre vivos», es decir, hecha en vida, ninguna donación hecha por contrato durante la vida del donante. Así únicamente puede entenderse lo que quiso decir el legislador.

Entrando ya en la disposición del art. 825, relacionado con el 819, cuando un ascendiente hace donación á alguno ó á algunos de sus descendientes, sin expresar que haya de entenderse mejora, no se considera tal. Poco importa que la donación sea simple ó con causa habiendo desaparecido esta distinción, que antes producía diversos efectos con arreglo á las leyes 26 y 29 de Toro.

La mejora hecha por contrato de un modo expreso, vale como mejora. No declarándose así de un modo expreso, si es hecha la donación en favor de hijos ó descendientes que sean herederos forzosos, se imputa á su legítima, y si es hecha á esos mismos descendientes cuando aun no tienen derecho á legítima, se imputa al tercio libre.

Pero la donación puede exceder de lo que al hijo ó descendiente corresponda por su legítima: ¿qué se hace entonces?

Si el heredero es único, no hay cuestión alguna. Si son varios los herederos forzosos, deben traer á la masa hereditaria los bienes ó valores que hubiesen recibido del causante de la herencia en vida de éste por dote, donación ú otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición (art. 1035 del Código civil), no debiendo llevarse á colación las mismas cosas donadas, sino el valor que tenían al tiempo de hacerse la donación (art. 1045), y

Digitized by Google

recibiendo el donatario de menos en la herencia tanto como ya hubiese recibido anteriormente (art. 1047).

La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiere dispuesto expresamente, ó si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa (art. 1036), porque en vida del causante y por donación nadie puede dar ni recibir más de lo que pueda dar ó recibir por testamento, siendo inoficiosa la donación en todo lo que exceda de esta medida (art. 636).

Con estas disposiciones hay bastante. El legislador lo que no tolera nunca es que puedan perjudicarse las legítimas de los descendientes, y no hay que olvidar que la legítima cuando no hay mejora la constituyen las dos terceras partes del caudal, y que no existe mejora, ó no se presumen nunca mejora, las donaciones hechas en vida, mientras de un modo expreso y terminante no lo declare así el causante de la herencia.

En cuanto al tercio libre, poco importa que se pierda; puede dejársele á un extraño: luego no hay razón para que se le arrebate á un descendiente.

Se han hecho donaciones á un hijo sin expresar que se entienda mejora. Al morir el donante, el valor que representaban esas donaciones en el tiempo en que se hicieron, ha de llevarse á colación, entra en la masa hereditaria y sirve de base á la partición. ¿No excede de la legítima de ese hijo? No hay cuestión, no toma nada ó sólo recibe lo que le falte para completarla. Pero, hecha la liquidación, resulta que excede, que ha tomado más de lo que le corresponde como legítima, pero que no perjudica á la legítima de los otros hijos ó descendientes. No importa: no habiendo el testador dispuesto del tercio libre, tampoco hay cuestión. Lo que exceda se imputa á ese tercio libre, porque pudo darse á un extraño y con más razón á un hijo, porque el art. 636 le permite recibir por donación todo lo que puede recibir por testamento, y porque el art. 1036 le consiente repudiar la herencia y no llevar lo recibido á colación.

Digitized by Google

¿Perjudican las donaciones, por excesivas, las legítimas de los otros hijos? Pues se reducen en cuanto excedan, se imputan primero á su legítima, después al tercio libre, y en lo que excedan no hay más remedio que considerarlas inoficiosas con arreglo á los mismos artículos 636 y 1036, y esos donatarios han de abonar á los otros descendientes todo el exceso.

Pero después de haber dispuesto el testador en vida por medio de donación en favor de un hijo de más de lo que le corresponde por su legítima, dispone en su testamento del tercio libre en favor de otros hijos ó de extraños. Aquí surge el conflicto. No se perjudican las legítimas, no se consideran inoficiosas, ¿á quién le toca perder, sin embargo? ¿al donatario, que recibió en vida todo el tercio libre ó parte de él, ó á los legatarios, fideicomisarios ó herederos designados por el testador? Los casos anteriores han podido irse resolviendo, aunque no se han previsto por el legislador; pero éste es de más difícil solución y puede ocurrir, sin embargo. ¿Que hacer ante tal conflicto? Hay que recurrir al art. 820, que aunque no se dictó para este caso, da la norma para todos los análogos que pueden presentarse.

El art. 820 dice así: «Fijada la legítima con arreglo á los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue:

»1.° Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo ó anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.

»2.° La reducción de éstas se hará á prorrata sin distinción alguna. Si el testador hubiese dispuesto que se pague cierto legado con preferencia á otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima.

»3.° Si la manda consiste en un usufructo ó renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria ó entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.

Digitized by Google

Prescindo del número 3.º, que puede motivar muchas cuestiones, no explicando éste ni el 2.º, porque se refieren á la manera de hacer las reducciones y su examen me llevaría muy lejos.

Aunque haya que *reducir ó anular las mandas,* se respetan las donaciones mientras puedan cubrirse las legítimas. El artículo 820 lo dice muy claro.

Esta disposición así tan en absoluto no me parece justa. Yo distinguiría entre las donaciones *inter vivos* y las donaciones *mortis causa.* Tratándose de aquéllas, respetaría las donaciones, porque participan de la naturaleza de los contratos, y deben ser irrevocables, á menos que no perjudiquen las legítimas, en cuyo caso se reducen en el exceso, y perderían ese carácter si se privase de ellas al donatario para repartirlas en legados. Pero las donaciones *mortis causa* siguen la naturaleza de las disposiciones testamentarias, según el art. 620, y todas las disposiciones testamentarias y lo mismo aquellas donaciones son esencialmente revocables, aunque el testador exprese su voluntad ó resolución de ne revocarlas (art. 737), y como además la disposición anterior queda revocada de derecho por la posterior hecha en forma legal, según el art. 739, yo deduciría que el testador, al disponer en su testamento del tercio libre, revocó de derecho las donaciones *mortis causa* que hubiese hecho durante su vida en favor de sus hijos, y que en este caso no procede la reducción ni la anulación de los legados. El hijo donatario sólo tiene entonces derecho á su legítima.

Tal vez sea esto lo que quiso establecer el número 1.º del art. 820; tal vez sus disposiciones se refieran sólo á las donaciones entre vivos, ya que al tratar de donaciones casi exclusivamente á ésas se refiere; pero si esto es así, el art. 819 también á las donaciones entre vivos ha de ser aplicado exclusivamente, y lo mismo el 825. Las nebulosidades que envuelven en el Código á las donaciones *mortis causa*, de las que sólo parece ocuparse el artículo 620, producen esta natural confusión. Ni aun resulta claro que el Código acepte esa denominación; para él las do-

Digitized by Google

naciones todas son unas, que constituyen un modo especial de adquirir la propiedad y los demás derechos sobre los bienes, que tienen una naturaleza propia y especial diferente de la de los testamentos y de la de los contratos, que por su índole ó carácter lucrativo son susceptibles en determinados casos de revocación, y deben colacionarse y pueden reducirse; pero que unas veces se rigen por las reglas de los contratos, y otras por las de las sucesiones testamentarias, y otras por las de los artículos 618 al 656. De todos modos hay unas donaciones que han de producir sus efectos por la muerte del donante, y son esencialmente revocables. Estas donaciones, como todas, parece que requieren aceptación, y constituyen un simple legado. Llega la muerte del donante, la donación no ha sido revocada, producen ya sus efectos: ¿cómo se consideran? Si ni el art. 819, ni el 820, ni el 825 las comprende, esas donaciones ¿son legados? ¿se reputan mejoras si están hechas á descendientes? ¿deben imputarse á la parte libre aunque recaigan en herederos forzosos? Cuestiones son estas que no es fácil resolver. Para mí, ya lo he dicho, toda clase de donaciones están comprendidas en esos artículos; pero esta creencia no pasa de ser una opinión bastante discutible.

La materia antes examinada es extensa. Puede complicarse hasta lo infinito, según el número y la clase de los donatarios, la naturaleza de las donaciones, la existencia ó inexistencia de mejoras y de cuota usufructuaria del viudo, la importancia de los legados, etc.; pero como no es enteramente propia de mi estudio, no quiero tratarla con más extensión, ni citar ejemplos, que siempre contribuirían á aclararla.

(Continuará.)

JOSÉ MORELL.

Digitized by Google

CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO EGIPCIO (*)

II

La división del pueblo en clases era la base de la constitución social de Egipto. Los dos grandes escritores clásicos que más noticias y datos nos ofrecen sobre el particular, Herodoto y Diodoro de Sicilia, no están acordes en su determinación, toda vez que el primero distingue siete clases: sacerdotes, guerreros, vaqueros, porqueros, intérpretes, pilotos y artesanos; y el segundo sólo cinco: sacerdotes, guerreros, agricultores, pastores y artesanos.

Largo tiempo se ha supuesto que Egipto se dividía en castas como la India; pero un sábio francés, Ampère, en su obra *Voyage en Egypte* (1868), ha refutado victoriosamente esta idea. La casta, en efecto, no existe, sino mediante tres condiciones impuestas á sus miembros: abstenerse de ciertas profesiones que les son prohibidas; no enlazarse con personas pertenecientes á otras castas, y continuar la profesión ejercida por sus padres.

Ahora bien; he aquí lo que los monumentos egipcios nos enseñan: 1.°, las funciones sacerdotales y militares, lejos de ser exclusivas, estaban asociadas las unas á las otras: el mismo personaje podía llevar un título sacerdotal, militar y civil; 2.°, un personaje investido de un título militar podía casarse con la hija de un personaje investido de una dignidad sacerdotal;

(*) Véase la página 299 del tomo 82 de la REVISTA.

Digitized by Google

3.º, los miembros de una misma familia, fuese el padre, fuese el hijo, podían desempeñar, el uno funciones militares, y el otro civiles; estas funciones no pasaban necesariamente á los hijos; y finalmente, que desde las más humildes esferas podía llegarse á las dignidades más altas de la administración, como veremos al examinar en la organización administrativa el colegio de los escribas.

Ciertamente que los hijos heredaban muchas veces el empleo del padre, y más frecuentemente en las clases sacerdotal y militar que en las otras; pero este hecho no prueba que la herencia fuese absoluta y universal.

De todas las clases sociales en que se dividía el antiguo Egipto, los sacerdotes y los guerreros disputaban los más grandes honores. Los sacerdotes, sobre todo en las últimas dinastías, formaban en el estado una especie de nobleza privilegiada. Ejercían las más altas funciones, y poseían la mejor y mayor parte del suelo; su propiedad era inviolable; la representaban como un don de la diosa Isis, que les había asignado la tercera parte del país en el tiempo que estuvo en la tierra. Estas propiedades estaban exentas de todo tributo; y esto á pesar de que, como dicen los escritores clásicos, no tenían necesidad de sus bienes, puesto que cada uno de ellos recibía una porción de viandas sagradas que se les daban ya cocidas; se les daba también vino, pero no se les permitía comer pescado, hasta el punto de que para un sacerdote egipcio era considerado un horrendo sacrilegio, una verdadera apostasía, el probar esta clase de alimentos.

Los sacerdotes estaban obligados á la más absoluta pobreza en sus vestidos. Refiere Herodoto que «no llevaban más que una túnica de lino, y por calzado una corteza de papiro, no permitiéndoseles ni otro trajo, ni otro calzado. Se lavan dos veces al día con agua fría, y otras tantas por la noche; en una palabra, tienen mil prácticas religiosas, que ejercitan regularmente».

El traje de los sacerdotes cuando oficiaban variaba según

Digitized by Google

su rango y sus funciones. Las representaciones monumentales nos dan á conocer algunos tipos. El más frecuente era la túnica de lino ritual, que era de un tejido fino y transparente, de una especie de batista. La insignia especial de los sacerdotes de orden superior, llamada *sam*, consistía en una piel de leopardo puesta encima de la túnica.

Clemente de Alejandría enumera los grados de la jerarquía del sacerdocio egipcio, cuya exactitud ha sido comprobada por el estudio de los jeroglíficos. El orden superior era el que los griegos llamaron *profetas*, que debían estar versados en todas las materias relativas á la doctrina religiosa, á las leyes, al culto y á la disciplina sacerdotal. Estos eran, no solamente los que presidían las ceremonias de los templos y tenían el primer lugar, sino que administraban las ofrendas ú obvenciones de los fieles. Después de los profetas ó *noutri-hon*, como se lee en los textos egipcios, vienen los *atet* ó *padres divinos*, que constituían un grado inferior, pero del que podía ascenderse al de profeta; *ab* ó *purificador*, que era más inferior, y el último de todos era el *noutri meri*. En el culto funerario, el que recitaba las oraciones y practicaba las ceremonias rituales en la entrada de la tumba, se llamaba *kar hebi*. Inferiores á estos sacerdotes, talmente dichos, había cierto número de categorías de ministros inferiores, tales como los *fai-sen-noutri*, ó porta incienso, y los *hosi*, músicos y cantores.

En tiempo del antiguo imperio se ve á las mujeres investidas también de carácter sacerdotal, así vemos las *noutri-hon-t*, ó profetisas.

Cada sacerdote estaba agregado al servicio de un dios y de un santuario determinados. En cada provincia había un templo principal, en donde el gran sacerdote era de derecho el jefe del sacerdocio de la provincia. Respecto de los grandes sacerdotes de Memfis y Tebas, su autoridad sobre todos los demás del país dependía de la preponderancia política de estas ciudades. Durante las dinastías tebanas, de la XVIII á la XX, los grandes sacerdotes de *Ammon* en Tebas llegaron á ser sobe-

Digitized by Google

ranos Pontífices en Egipto, verdaderos Papas, y cuya autoridad espiritual, siempre grandiosa, se acentuó con el poder temporal; que se desenvuelve hasta el punto, que llegó época en la que los grandes sacerdotes de *Ammon* ciñeron temporalmente la corona de los Faraones.

A la clase sacerdotal sigue en importancia la de los guerreros, que también gozaba de grandes privilegios. Poseía como los sacerdotes las tierras sin impuesto alguno, y además cuando les correspondía dar la guardia á la persona del soberano, recibían una remuneración.

Bajo el antiguo y medio imperio parece que la organización de las tropas egipcias había sido feudal. Los príncipes hereditarios de las provincias y los señores territoriales que les estaban subordinados, levantaban entre sus vasallos contingentes de tropas. En los tiempos más antiguos vemos también reforzar el ejército egipcio con tropas mercenarias, hasta que en tiempo de los grandes conquistadores de la XVIII y XX dinastías consta ya la existencia de un ejército real, permanente y perfectamente disciplinado. El ejército se dividía en regimientos, que se distinguían por la variedad de sus enseñas ó insignias y de sus equipos. Los grados eran teniente, *menh*, capitán, *mer*, y coronel, *haout:* no se sabe definir todavía el que se distinguía con el nombre semítico de *adon*. Parece ser que los hijos de oficiales podían desempeñar este cargo más fácilmente que otra clase de personas. En tiempo de los Faraones de la XVIII dinastía, muchos oficiales por sus solas cualidades personales llegaron á las más altas dignidades, habiendo salido de las más humildes clases del pueblo. En la época de la XIX dinastía recibían los militares una educación especial; los ascensos se daban mediante exámenes, como sucedía con los escribas. De manera que constituían una especie de mandarinato militar como el de China.

Después de la XX dinastía, y durante aquel período de luchas, llegaron los guerreros á formar una especie de estado dentro del Estado. Ellos hacían y deshacían reyes del mismo

Digitized by Google

modo que más tarde los pretorianos en Roma y los genízaros en Turquía, ciñendo sus jefes en más de una ocasión la corona de Egipto. En estas condiciones los guerreros constituyeron una clase vigorosa, perpetuándose por la herencia é inmovilizando en sus manos las dotaciones territoriales destinadas á su retribución.

Gran número de leyes egipcias, que conocemos, se refieren á la profesión militar; en ellas se determinan sus obligaciones, recompensas y castigos. El legislador no olvidó nada de cuanto contribuye á conservar y acrecentar en el alma del soldado el entusiasmo y el valor que le hacen desafiar tantos peligros y triunfar de tantos obstáculos.

En primer término aparece aquella ley que afrentaba al soldado indócil á las órdenes de sus jefes y al que desertaba de sus banderas. La vergüenza y el desprecio son los castigos naturales de la desobediencia y de la cobardía. No quiso, sin embargo, el legislador que la desesperación penetrara en el corazón del militar: borrando con asombrosas hazañas su conducta pasada, podía recuperar la consideración pública y ser llamado de nuevo á servir á su patria.

En otras leyes menos importantes se prescribía á los militares vivir en común, dedicarse á ejercicios corporales, dirigir todos sus esfuerzos y estudios hacia la guerra y trabajos guerreros; no cultivar otras artes sino las que enseñaban á combatir, etc., etc. (1).

Los guerreros, según Herodoto, se dividían en *calasyrios* y *hermotybios*, los cuales daban guardia alternativamente al Monarca.

Toda la parte de la población libre que no pertenecía ni á los guerreros ni á los sacerdotes componía en Egipto como un tercer orden del Estado, que, según hemos dicho al empezar el

(1) Tenían los militares tribunales especiales que entendían en los delitos por ellos cometidos en el ejército.

Digitized by Google

estudio de las clases sociales, se dividía á su vez en otras, en diferente número, según los historiadores griegos.

Cuenta Diodoro, y confirman también los monumentos, que poseían todo el suelo de Egipto el rey, los sacerdotes y los guerreros; y los agricultores no eran más que colonos de la gleba, que cultivaban, mediante una retribución, los dominios de las clases privilegiadas.

Estaban obligados los agricultores ó colonos á inscribirse periódicamente en registros llevados á este efecto por los escribas gubernamentales; registros que llevaban, no solamente su nombre y estado civil, sino observaciones acerca de su buena ó mala conducta. Cuando se transmitía la propiedad del suelo, se cedía con ella los colonos; no podían salir del territorio sin permiso del Gobierno, y les era necesario obtener un pasaporte para circular libremente en el interior del país. El llamado régimen de las jornadas para los trabajos públicos pesaba sobre ellos con todo su rigor.

Por todas estas indicaciones, vemos que la condición social de los agricultores en el antiguo Egipto era análoga á la de los llamados siervos de la gleba en los tiempos medios, y á la de los modernos *fellahs*, que también cultivan las tierras de las márgenes del Nilo á nombre del virrey de Egipto.

Hemos examinado hasta ahora, aunque bien á la ligera, las diversas clases sociales en que la población libre del antiguo Egipto se hallaba dividida; las hemos contemplado gozando las unas de exorbitantes privilegios é inmensas riquezas, y pobre, desvalida y llena de gravámenes la otra; pues todavía es preciso que descendamos más en la esfera social, y que examinemos una institución desgraciadamente de universal aceptación en el mundo antiguo, la esclavitud, el dominio del hombre sobre el hombre, que á pesar de hallarse en pugna con los sentimientos innatos del corazón humano, ha sido preciso, para que desapareciera de los pueblos cultos, el transcurso de muchos siglos.

Que la esclavitud existió en Egipto, lo prueban esos gigan-

Digitized by Google

tescos monumentos que, á través de mil generaciones, nos hacen entrever la grandeza de aquel pueblo; pero que también nos indican el número inmenso de seres infelices y desgraciados, sumidos en la más grande abyección, que serían necesarios para la construcción de esas monumentales obras de arte, llamadas templos, palacios, esfinges, laberintos y piramides.

Más de 400.000 hombres fueron empleados durante veinte años para elevar la mayor de las pirámides, escriben Plinio, Diodoro y Herodoto.

Conocíase asimismo la manumisión. Había próximo á una de las bocas del Nilo un templo memorable; el esclavo que se refugiaba en él y se hacía marcar con las señales sagradas, pertenecía á Dios, y nadie osaba poner sobre él su mano, pudiendo dirigirse hasta contra su propio dueño.

III

La legislación egipcia incluyó en sus leyes como institución la patria potestad. ¡Cómo hubiera podido desconocerse este derecho en un país, en donde el reconocimiento era la primera de las virtudes, en donde la piedad había establecido una especie de culto para los antecesores! Pero esa admirable institución del poder patrio y marital se bastardeó en este país con una horrible iniquidad: el derecho que tenían los padres de prostituir á sus hijas y esposas; Cheops, según el testimonio de Herodoto, puso á precio la belleza de su hija para contribuir con él á la construcción de su pirámide, y no se crea que existe sólo este hecho que atestigua la existencia de ese inicuo derecho, puesto que tenemos la prueba de que estaba autorizado por la religión y por las leyes.

Así en Heliópolis, importantísima ciudad que fué mucho tiempo capital de Egipto, encontramos un templo dedicado á Venus, y era tal la prostitución, que no se sabía de quiénes eran los hijos; las mujeres eran, por decirlo así, comunes, con la sanción del culto y de la ley; en Tebas, los sacerdotes consa-

Digitized by Google

graban en la infancia al dios *Ammon* una de las jóvenes más hermosas, que debía prostituirse hasta la edad nubil, y se la lloraba como si hubiese muerto cuando se casaba; y en todas las poblaciones de Egipto sucedía otro tanto.

Así los padres como los hijos tienen deberes mutuos que cumplir, y que son ineludibles por la misma ley de la naturaleza: el prestarse alimentos y recíproco apoyo y asistencia. Que no es menos imperioso este deber para el hijo durante la ancianidad de su padre, que para éste durante la infancia del hijo. Los egipcios, sin embargo, adoptaron en este particular disposiciones bastante extrañas. «Si los hijos varones no quieren alimentar á sus padres, dice Herodoto, no se les obliga; pero si las hijas rehusan cumplir este deber, se les compele á ello.» Precepto, como antes se indica, bien extraño, y que pugna con la naturaleza.

La monogamia, ¿fué prescrita por las leyes egipcias? Si hemos de dar crédito á Diodoro de Sicilia, lo fué únicamente para los sacerdotes. Todos los demás ciudadanos podían tener cuantas mujeres quisiesen, con la sola condición de que habían de educar á todos los hijos que tuvieran.

¿Cuál fué la situación de la mujer en el matrimonio? Según ciertos escritores, no solamente disfrutaban toda suerte de consideraciones, sino que tenían preeminencia en la sociedad conyugal, que se supone les fué concedida por la diosa Isis. Refiere Diodoro, que los homenajes rendidos á las esposas de los reyes eran más frecuentes y respetuosos que los rendidos al monarca; y todos los egipcios juraban ó prometían al casarse someterse á sus mujeres.

A este propósito, y combatiendo esta opinión, dice Mr. de Pastoret en su notable obra *Histoire de la Legislation:* «Yo consulto el corazón humano, y me dice que los ministros de la religión han debido llevar muy lejos el entusiasmo del pueblo hacia las mujeres, porque es más fácil seducirlas por impresiones tiernas ó piadosas.

»De otro lado paso al trono y averiguo si es posible que los

Digitized by Google

reyes tuviesen interés en dejar á las mujeres un poder, una autoridad, que, en último análisis, venía á poner cortapisas á su omnipotencia soberana.»

Sigue diciendo el mismo escritor: «Si la supremacía de las mujeres era cierta, ¿cómo fué permitido á los hombres la pluralidad de esposas? ¿Cómo fueron siempre excluídas del trono? ¿Cómo hablar de la supremacía de las mujeres, donde los hombres, y sólo ellos, acaparaban las dignidades y los honores? ¿Cómo la historia guardaría sobre ellas un silencio cuasi absoluto? Si habla de una soberana, es para decirnos que el pueblo se sublevó contra ella; si Diodoro anuncia que tres monarcas erigen piramides para la sepultura de sus esposas, añade que fué debido únicamente á la inspiración del amor conyugal, y tampoco olvida observar que eran más pequeñas que los monumentos semejantes dedicados á los reyes.»

De manera que Mr. Pastoret no se muestra partidario de la idea de que las mujeres en Egipto tuvieran esa supremacía que se les supone, porque, comparando las razones, los indicios y los argumentos en pro y en contra, encuentra más poderosos éstos que aquéllos.

El hecho es que, aun en el caso de que no ejercieran esa supremacía, esta sola manifestación de los escritores griegos nos comprueba, sin género alguno de duda, que las mujeres gozaron en la familia egipcia de grandes consideraciones, mucho más que las que alcanzaron en épocas posteriores y en pueblos cultos y de un derecho muy adelantado.

Mr. Pastoret asegura que la dote de las mujeres era pagada por el padre y no por el marido; pero Mr. Eugenio Revillout (1), que ha hecho felices descubrimientos, por cierto, dice al tratar de los contratos matrimoniales, que el marido constituye á la mujer una dote, le garantiza una pensión y le estipula una suma, que pagará, en concepto de indemnización, en el caso de

(1) *Cours de droit egyptienne.*

Digitized by Google

que la repudiara para tomar otra mujer. Para asegurar el cumplimiento de las condiciones del contrato, la mujer tiene sobre los bienes del marido una hipoteca que puede transferir á un tercero.

Ninguna clase de restricciones impuestas por ley, costumbres ó tradición, impedían al monarca ni á los ciudadanos el matrimonio con la persona que tuvieran por conveniente, cualquiera que fuese la clase social á que perteneciera, fuese nacional ó extranjero, y de ello pueden citarse muchos casos en la historia de este pueblo: Ferón, que casó con una simple ciudadana; Amasis, que tomó por esposa á una extranjera; Salomón, que casó con una princesa egipcia; José, con la hija de un sacerdote de Heliopolis, etc., etc.

Que el repudio era conocido del pueblo egipcio, ya queda indicado por las garantías que el marido prestaba á la mujer en caso de verificarse, existiendo de ello ejemplos en las mismas familias de los reyes, entre otros, el de Arsinoe, que fué repudiada por Tolomeo Filadelfos.

También existía el concubinato, pero tal vez fué efecto más de la licencia de las costumbres que de la autorización de las leyes.

El adulterio era considerado como un crimen y estaba proscrito por esta legislación. Al estudiar las leyes criminales tendremos ocasión de examinar las penas que se imponían á los adúlteros.

El incesto, lejos de ser prohibido, fué elevado á la categoría de verdadera institución jurídica desde los más remotos tiempos. Ya en los primeros días de la existencia de este pueblo, refiere la tradición que Osiris casó con su hermana, y autorizó por una ley semejantes uniones. Se permitía el matrimonio entre hermanos, tanto consanguíneos como uterinos, legítimos, naturales ó adoptivos. Estaba prohibido en las líneas ascendiente y descendiente.

Este es uno de los grandes lunares de la legislación egipcia, puesto que la ley amparaba estas uniones incestuosas que es-

Digitized by Google

tán en pugna con la misma naturaleza y que constituyen un verdadero crimen.

Tampoco fué extraña á las costumbres jurídicas del pueblo egipcio la adopción, y si se cree á Josefo, el célebre historiador del pueblo hebreo, daba lugar á derechos hereditarios al mismo trono. El historiador citado supone que Thermuthis, habiendo salvado de las ondas del Nilo aquel niño que años después había de ser el gran legislador del pueblo hebreo, lo llevó al rey su padre y le dijo: «Vos no tenéis hijo varón; he resuelto adoptar á Moisés; os lo ofrezco por sucesor.»

Para terminar todo lo referente á las instituciones que alguna relación tienen con la familia, réstanos examinar la *leviración*. Consistía en que cuando un ciudadano fallecía dejando su viuda sin hijos, su hermano estaba obligado á casarse con ella; costumbre ó institución que más tarde los hebreos adoptaron.

Finalmente, y para concluir este ligero examen de la legislación civil del antiguo Egipto, vamos á dar alguna noticia de las obligaciones y contratos, si bien son pocos los datos que sobre tan importantes ramas del derecho civil existen en monumentos y documentos.

En una de las antiguas leyes que tratan de obligaciones, se dice: «Que el deudor que no pueda satisfacer sus deudas, expíe su insolvencia en la prisión. Sesostris, por un acto de generosidad, puso en libertad á todos los detenidos por este motivo; pero el precepto legal continuó en vigor, hasta que Bocchoris (1) lo derogó, saliendo garantes los bienes, nunca la persona del deudor, porque decía aquel legislador que los bienes eran sólo una propiedad privada, y los hombres, las personas, pertenecían únicamente á la patria, tanto en tiempo de paz como en guerra, y no se consintió jamás que la avaricia de

(1) Este monarca hizo grandes reformas en la legislación egipcia, las cuales fueron para la plebe egipcia lo que debía ser para la plebe romana la divulgación del derecho patricio y sagrado.

Digitized by Google

un solo ciudadano pudiese prevalecer sobre la utilidad de todos. Principios muy dignos de tenerse en cuenta, y que forman singular contraste con los preceptos legales de las famosas Doce Tablas del Pueblo-rey.

Otra ley de Bocchoris (1) declaraba que el prestamista ó acreedor que no hubiera obligado al deudor á entregarle un reconocimiento escrito de la deuda, no podía exigirle la entrega de la cantidad prestada, obligando únicamente al deudor á que, bajo juramento solemne, manifestara que no le debía tal cantidad. El crédito debía ser cierto, poseído, y en ningun caso podían exigirse intereses mayores que la cantidad prestada.

Una ley de Asychis, monarca de la IV dinastía, es todavía más memorable, y da idea del profundo respeto que los egipcios tenían á la memoria de sus padres, al propio tiempo que indica también qué honor tan grande consideraban ellos el ser sepultados. Dicha ley disponía que en ciertos casos quedaban obligados los ciudadanos á dar en prenda la momia de su padre. El acreedor quedaba entonces en posesión de la tumba del deudor, y si éste no pagaba la deuda, él y sus hijos estaban privados de los honores de la sepultura mientras durase este empeño sagrado.

En cuanto á los contratos de venta y arrendamiento de tierras y de casas, se sabe por algunos ejemplares encontrados en los subterráneos funerarios, que la presencia de seis testigos era necesaria solemnidad para su validez (2).

Tal es el cuadro de la legislación civil de aquel antiguo pueblo, que, aunque incompleto, da, sin embargo, una gran idea de aquella civilización, y si es cierto que encontramos algunas instituciones que son antinaturales, no lo es menos que otras muchas subsisten hoy y se han incluído en todos los códigos modernos.

---

(1) Menephtah IV.

(2) Revillout, obra ya citada.

Digitized by Google

IV

En dos circunstancias ó caracteres ciertos se conoce el estado de adelanto de la legislación criminal en un pueblo: en el género de las penas y en su intensidad. Así, cuando se prodigan las penas de muerte, de mutilación, y en general todas las penas atroces, que, más que castigos impuestos por una ley equitativa y justa, parecen y son en realidad venganza horrible; es decir, cuando entre el hecho punible cometido y la sanción legal no existe la debida proporcionalidad, desde luego puede asegurarse que en aquel Estado la legislación penal se halla atrasada.

Tales son los principios que han de servir de guía para juzgar las leyes criminales del pueblo cuya cultura jurídica examinamos.

Empezando por los delitos que atacan á las personas, aparece en primer lugar, como uno de los más graves, el parricidio. Este delito era castigado por la ley egipcia con distintas penas, según fuese el padre asesino del hijo, ó viceversa. En el primer caso no se castigaba con la muerte, pero se imponía al padre la horrible tortura de que durante tres días y tres noches había de tener abrazado el cadáver de su víctima, al cual se le ataba, no permitiendo los guardias, colocados en el lugar de la ejecución, que se librase ni un solo instante de este tormento. Cuando era el hijo culpable del delito de parricidio, se clavaban agudas puntas en todo su cuerpo, y luego se le quemaba vivo sobre haces de espinas.

El motivo de la desigualdad de penas, según sucedía uno ú otro caso, lo explican los escritores, y también aquellos legisladores, diciendo que al padre no podía castigársele de muerte, porque al fin y al cabo su hijo venía á ser una propiedad suya, y bastaba como castigo el impuesto por los grandes remordimientos y las torturas morales por que había de pasar al tener en sus brazos al hijo que había asesinado. Y se casti-

Digitized by Google

gaba en el segundo caso de un modo tan severo, porque se consideraba que el asesinato cometido por el hijo en la persona de su padre, á quien todo lo debía, era el delito más horrendo que hombre alguno podía cometer.

También el homicidio se castigaba con la muerte, y con la particularidad notabilísima y digna de admiración en aquellas remotísimas épocas, de que la pena era igual cualquiera que fuese el culpable, cualquiera que fuese la víctima, ya fuese hombre libre, ya fuese esclavo. Disposición que también contrasta grandemente, no ya sólo con las legislaciones de los pueblos coexistentes con éste, sino en más cercanos tiempos, y con la más perfecta de las legislaciones, la de Roma, donde todo el mundo sabe el indigno trato que á los esclavos daba el ciudadano romano, horrorizando verdaderamente las noticias que dan los mismos historiadores sobre el particular.

Y no se contentaba la ley egipcia con castigar al culpable del delito de homicidio, sino que imponía á los ciudadanos el imperioso é ineludible deber de impedir la comisión del hecho si les era posible, y en caso negativo denunciar al presunto autor al Magistrado, cuyo deber se hallaba sancionado con la pena de la flagelación y un ayuno de tres días.

El suicidio no se consideraba como delito; y en prueba de ello, la hija de *Mycerinus* se suicidó, y á pesar de ello se levantaron estatuas y se quemaban perfumes en los palacios de los reyes en honor suyo (1).

Entre los delitos contra la moralidad, hallamos algunos castigados con severas penas. La violación de una mujer tenía como pena la castración. El adulterio se castigaba de diversa manera, según el sexo de los culpables. Al hombre se le daban mil latigazos, y se cortaba la nariz á la mujer, para quitarle de esa manera, al privarle de sus atractivos, decía la ley, la ocasión de delinquir.

---

(1) La exposición ó abandono de niños de corta edad era considerado en Tebas como un delito gravísimo y castigado con severas penas.

Digitized by Google

Los delitos contra la santidad del juramento y contra la veracidad en todas sus manifestaciones: mentira, falsificaciones, etc., eran también severamente castigados. El perjurio se castigaba con la muerte; consideraban que faltar á la verdad del juramento era una ofensa á la Divinidad, y además un atentado á la confianza mutua que debe existir entre los hombres. Los juramentos se prestaban ordinariamente en los templos. El más sagrado de los juramentos era el que se prestaba en nombre de Osiris. La mentira en ocasiones podía castigarse tan severamente como el falso juramento; según las circunstancias en que se decía era diverso el castigo. Si se mentía ante el Magistrado en la información que todos los ciudadanos tenían obligación de prestar ante él acerca de sus medios de subsistencia, se le imponía la pena de muerte.

El acusador, convencido de impostura, que no probaba su acusación, sufría un castigo igual al que se hubiera impuesto al acusado en el supuesto de ser verdad la acusación.

Todos los demás engaños, como falsificación de moneda, de pesos y medidas, falsedades en documentos, adulteración de alimentos, etc., se castigaban cortando al delincuente las dos manos.

Refiere Diodoro de Sicilia, que en el antiguo Egipto había una institución muy singular, que todavía hoy existe en el Cairo con el nombre *scheikh* de los ladrones. Este es un personaje reconocido por la policía, el cual lleva sus registros con los nombres de los que pertenecen á la asociación y al que deben los miembros de ella dar cuenta de todos los robos que ejecuten. Estos registros no pueden servir de base á ninguna persecución. Las personas á quienes se ha sustraído alguna cosa, y que quisieren recobrar el objeto robado, deben dirigirse al citado personaje, el cual los entrega mediante la cuarta parte de su valor. Esto no obstante, las leyes egipcias castigaban con severidad el robo. El hurto simple se castigaba con una paliza; y el pillaje y el robo con fractura, con la muerte.

Además de las penas indicadas existían también otras, como

Digitized by Google

la de los trabajos públicos, que se imponía algunas veces en sustitución de la de muerte, de las multas y de las confiscaciones.

Se consideraban como gravísimos delitos religiosos, la muerte, ya fuera voluntaria ó involuntaria, de los animales sagrados. A los culpables del primero de los delitos citados se castigaba con la muerte; á los autores del segundo, con una multa. La existencia de estos delitos y la consiguiente severidad de sus penas, se explican toda vez que los egipcios profesaban culto á determinados animales, y por tanto su muerte habían de considerarla como una grave ofensa á la Divinidad que representaban, como un sacrilegio (1). También era otro crimen religioso el revelar la sepultara del buey sagrado, que se castigaba con severas penas.

En cuanto á los delitos contra la seguridad del Estado, se castigaban también cortando la lengua al que revelaba los secretos que interesaban á aquél.

Al Juez prevaricador que condenaba á un inocente mediante dádivas ó regalos, se le imponía la misma pena que el acusado sufriera injustamente.

La mujer en cinta condenada á muerte no sufría la pena hasta que daba á luz. Se consideraba por aquel legislador injusto hacer participar de la pena á un ser inocente, expiar con la vida de dos personas la comisión de un delito por una sola.

Además de los delitos mencionados, existían otros, que bien pudieran calificarse de administrativos, y que en época muy lejana de esta que historiamos aparecen también en un Código notabilísimo por más de un concepto (2); nos referimos á las penas que se imponían á los médicos que infringían las leyes acerca del arte de curar. Los médicos eran considerados

(1) Herodoto cita el ibis, el gavilán; Diodoro, el ibis y el gato; Cicerón, el ibis, el aspid, el gato, el perro y el cocodrilo.

(2) El Fuero Juzgo.

Digitized by Google

como funcionarios públicos, y cada uno de ellos no podía ocuparse más que en una sola clase de enfermedades, debiendo tratar á sus enfermos conforme á los preceptos escritos por médicos célebres que los sacerdotes consignaron en los libros sagrados atribuídos á Hermes. Si siguiendo estos preceptos el enfermo sucumbía, no incurrían en responsabilidad criminal; pero si se apartaban de ellos y moría el paciente, entonces eran castigados con la muerte.

V

Hemos examinado lo que por algunos escritores se ha llamado derecho sustantivo, tócanos ahora entrar en el estudio del que se ha denominado derecho adjetivo, del derecho procesal y de la organización del Poder judicial.

Por el sucinto estudio de la organización del pueblo egipcio ha podido comprobarse que unos ciudadanos tenían por ocupación el sacerdocio, otros la guerra, y otros, finalmente, el cultivo de la tierra, de las artes, oficios, etc.; pero ninguna clase social se ha visto llamada especialmente por la ley para las funciones augustas de la administración de la justicia; ninguna que hereditariamente y por única ocupación se dedicase al estudio y aplicación de las leyes.

Eliano atribuye á los sacerdotes el ejercicio del Poder judicial desde la más remota antigüedad, y esto es lo que acontece en todos los antiguos pueblos orientales; en todos ellos aparecen unidos el sacerdocio y la magistratura. Así vemos á los hebreos que durante largo tiempo tuvieron por jueces á sus sacerdotes.

Cada ciudad tenía Magistrados particulares á quienes estaba confiada la policía y tal vez la administración de la justicia. Cada provincia tenía su Tribunal, y á la cabeza de todo el orden judicial y como Tribunal Supremo de la nación existía otro, compuesto de treinta Jueces elegidos, diez de cada uno

Digitized by Google

de los colegios sacerdotales de Tebas, Memfis y Heliopolis (1). Reunidos estos treinta Jueces, ellos mismos elegían un presidente, para cuya elección, según Eliano, se tenía en cuenta la superioridad en edad. Llevaba como insignia una cadena de oro y piedras preciosas, de la cual pendía un hermoso zafiro, sobre el que se hallaba grabada la imagen de la verdad.

Se exigía á los Jueces la más severa imparcialidad. En las pinturas existentes se les representa con los ojos bajos y sin manos, para indicar que no deben dejarse llevar por la pasión ni recibir presentes.

No existía el Ministerio público: solamente se conocía la acusación particular.

La justicia era gratuita. Los Jueces recibían del Estado un sueldo anual proporcionado á sus respectivas categorías.

Hallábase proscrito el procedimiento oral; todo los procesos eran escritos. Cada una de las partes, el acusador y el presunto culpable, debían exponer con precisión y claridad los hechos objeto del juicio, teniendo las dos partes el derecho de replicar á sus respectivos escritos una sola vez. Estas demandas pasaban sucesivamente de un Juez á otro para que las estudiasen, y después de este examen individual, los Magistrados se reunían nuevamente para deliberar y publicar la sentencia, lo cual se verificaba tocando el presidente con la imagen de la verdad al litigante victorioso.

Además de estos juicios, que pudiéramos llamar ordinarios, existían otros, tales como el juicio de sepultura, que revestía una excepcional importancia, porque se consideraba por los egipcios como uno de los más grandes honores, y su privación como una infamia. Desde el mismo instante en que fallecía un ciudadano se procedía á un minucioso examen de la conducta observada por él durante su vida toda. Cuarenta Jueces componían este Tribunal original; todo hombre tenía derecho de

(1) Existían también tribunales domésticos para ciertas faltas de poca importancia, en los que administraba justicia el padre ó su representante, siguiéndose en ellos un procedimiento sumarísimo.

Digitized by Google

acusar al fallecido; se reunían los Jueces en semicírculo en una extremidad del lago Meris; una barca estaba preparada en la orilla esperando la decisión del Tribunal. Este concedía la palabra al acusador, el cual hacía los cargos que creía procedentes al muerto, y proponía que se le privara del honor de la sepultura. Levantábase luego su defensor (algún deudo ó amigo), el que, como es natural, hacía del difunto el más cumplido elogio, haciendo resaltar sus méritos para con la patria, sus buenas obras y su vida austera y honrada, terminando su oración suplicando al Tribunal concediera al acusado tan preciado derecho. Deliberaba después el Tribunal, y si el juicio era favorable, trasbordaba la barca que antes hemos indicado el cuerpo del difunto de una á otra orilla, de la ciudad de los vivos á la gran necrópolis egipcia. Y si, por el contrario, el juicio era adverso, quedaba privado de sepultura, anatematizada su memoria en esta vida y condenado en la vida futura á una perpetua infelicidad.

También existían jurisdicciones especiales para los delitos contra la religión, como los procesos de magia, herejía, etc.

Dos procesos criminales de aquellos tiempos se conservan; el uno, juzgado por una comisión ó tribunal extraordinario nombrado por el rey, tuvo por causa el castigo de los conspiradores del reinado de Râ-mes-su III; el otro, juzgado por los Tribunales ordinarios, referente á una banda de ladrones que se organizó al finalizar la XX.ª dinastía para robar los ricos tesoros de las tumbas reales de Tebas. El resumen de la información de este proceso se conserva en papiro existente en el Museo Británico.

De procesos civiles no se conserva ningún ejemplar.

Los extranjeros, los griegos por lo menos, tuvieron también sus Tribunales especiales, y no solo entendían en negocios de comercio, como por algunos se ha creído, sino en toda clase de asuntos. Amasis concedió á los helenos la ciudad de Naucrates para que en ella pudieran vivir rigiéndose por sus propias leyes.

Digitized by Google

VI

Uno de los rasgos que caracterizan á todos los pueblos de estas antiguas épocas es el aislamiento en que vivían con relación á los demás Estados, lo cual se explica por la intolerancia religiosa, que hacía mirar con horror á los que no profesaban sus mismas creencias, y también por el exclusivismo propio de cada pueblo, que se consideraba investido de una misión providencial, y le parecía que los que no pertenecían á su propio país eran bárbaros, por más que muchas veces aconteciera que los pueblos que se apellidaban de tales tuvieran una civilización superior. Se comprende y se explica también este aislamiento, esta falta de relaciones internacionales, por la misma organización social. Si dentro de un mismo país había infranqueables barreras entre unas y otras castas, entre las que apenas mediaba relación ni vínculo de ningún género, ¿cómo habían de tenerlas con los extranjeros?

Egipto, en los primeros siglos de su existencia, siguió la corriente universal del aislamiento, allí más arraigada quizás que en otros pueblos por sus tradiciones religiosas. Osiris inmolaba al infeliz extranjero que osaba penetrar en las fronteras de aquel misterioso país. Además, ¿cómo habían de mantener los egipcios relaciones internacionales, si consideraban el mar como un elemento impuro, como un objeto de horror que les recordaba las desgracias de Osiris y las maldades de Tiphon?

Sin embargo, con el transcurso del tiempo fueron suavizándose estas costumbres y desapareciendo estas supersticiones; y así leemos en las obras de Diodoro que Sesostris hizo construir una flota de 400 velas, con la que llegó hasta los mares de la India, y en la división de la clase de los agricultores aparecen las gentes de mar y los intérpretes, que serían inútiles si el comercio marítimo y las relaciones con otros pueblos no existieran. Desde los tiempos de Neco y Psammetico las re-

Digitized by Google

laciones con los extranjeros fueron ya más frecuentes, llegando á celebrarse tratados internacionales. Tenían relaciones muy íntimas con los griegos, y hay escritos que afirman que la alianza entre los egipcios y los habitantes del Atica datan de remotos tiempos. De lo que no cabe duda es del contacto íntimo de este pueblo con los sirios, etíopes, árabes y hebreos.

De esta época, en el reinado de Neco, data el proyecto de canalización del istmo de Suez, para lo cual se hicieron trabajos de consideración; todo lo que nos comprueba el gran desarrollo que habían alcanzado el comercio y las relaciones de Egipto con otros pueblos.

Amasis contrajo matrimonio con una griega, y envió grandes sumas para la reconstrucción del célebre templo de Delfos, y contrató alianza con los lidios y el rey de Samos.

En tiempo de los Tolomeos, el puerto de Alejandría se convierte en el mercado del mundo, y, por tanto, en relaciones constantes con todos los pueblos conocidos. Y en esta época también ajustó tratados con Roma, enviando y recibiendo embajadores; pudiéndose citar entre los romanos los nombres más ilustres de aquel tiempo, tales como Claudio Nerón; durante el reinado de Tolomeo Epifanes, Publio Sempronio y Emilio Lépido, y en tiempo de Tolomeo Fiscón, Scipión el Africano y Metelo.

Y no se contentó Egipto con ajustar convenios con los romanos, sino que intentó poner paz entre aquellas irreconciliables repúblicas, Cartago y Roma, sirviendo de árbitro en sus querellas; espectáculo hermoso, en plena edad antigua, un pueblo intentando dar la paz al mundo, no por medio de las armas, sino por los consejos y la persuasión.

VII

Se ha pretendido y sostenido por algunos escritores, Bossuet y Montesquieu, que el Gobierno de Egipto fué templado; en tiempos posteriores, otro escritor afirmó que la Monarquía

Digitized by Google

egipcia no fué despótica ni en su forma ni en los principios de su constitución; y todavía Bianchini, en su *Historia Universal*, va más lejos, al decir que la organización política se componía de monarquía, aristocracia y democracia, y que las leyes encadenaban la voluntad del monarca; como si en el mundo no hubieran existido más de un imperio que, no obstante las leyes fundamentales, hubieran sido absolutos.

No obstante esas opiniones, del estudio de la realeza en Egipto se desprende claramente lo contrario. Los egipcios, dice Diodoro, respetan y adoran á sus reyes como si fueran dioses. Esta afirmación del escritor griego se halla corroborada por los mismos monumentos. El epíteto «Hijo del sol» es el obligado accesorio de todo nombre de Faraón; se titulaban también «El dios grande», «El dios bueno»; se identificaban con el gran dios *Horus*, porque, como dice una inscripción: «El rey es la imagen de Ra entre los vivos». Tan pronto como el rey ocupaba el trono, se transfiguraba á los ojos de sus súbditos; en vida alcanzaba una completa apoteosis; tomaba un nombre simbólico y misterioso, un nombre divino al subir al trono. Se le llamaba también el «sol señor de la justicia», porque él lo regula todo, así como el astro del día regula los fenómenos cósmicos.

El rey reunia en sí las dos naturalezas de hombre y de dios, y no sólo le prestaban adoración sus súbditos, sino que él mismo se tributaba culto; existe un bajo relieve, procedente del templo de Hsamboul, que representa á Ramsés en actitud de adorarse.

Ahora bien: con semejantes atribuciones, ¿es posible afirmar que la monarquía fué templada? Y en cuanto á esas limitaciones que se ha pretendido que existían, ¿serán, por ventura, las asambleas populares que juzgaban á los reyes después de muertos, privándoles del honor de la sepultura si habían gobernado mal ó se habían conducido tiránicamente con sus vasallos, como alguien ha pretendido? ¡Como si esto fuera posible dentro del modo de ser de aquel pueblo! Si el rey

Digitized by Google

era dios, ¿cómo se habían de atrever á juzgarle los que le tributaban culto y le profesaban fanática adoración? El rey muerto era tan impecable como vivo. ¿Qué tribunal se hubiera atrevido á juzgar de esta manera al monarca difunto, cuando el soberano reinante sería tal vez hijo, hermano ó pariente de aquel á quien en su caso habían de condenar? Seguramente que los jueces no serían muy severos, y siempre encontrarían en su conciencia temperamentos que les permitieran rendir al Faraón los últimos tributos, y concederle el gran consuelo y supremo honor de la sepultura.

La etiqueta que rodeaba á los reyes era muy severa; según Diodoro, todo el que llegaba á su presencia, debía prosternarse y adorarles. Todos los días, revestido el monarca de las insignias de la majestad, ofrecía un sacrificio á la Divinidad. El pontífice debía en presencia del pueblo pedir á los dioses la conservación del soberano, que todo le fuera prospero, que fuera generoso, magnánimo y poderoso; luego hablaba de las faltas que podían cometer los reyes, pero suponía siempre que si faltaban era por sorpresa ó por ignorancia, dirigiendo imprecaciones á los ministros que les daban malos consejos y les ocultaban la verdad.

La tiranía y el despotismo de los reyes palpitan en la vida toda de este pueblo, hasta en la misma religión, de que los monarcas se sirvieron para afianzar su poderío. Isócrates supone que el culto á los animales fué impuesto por la tiranía de un monarca que quiso acostumbrar al pueblo á obedecer sin vacilación todos los caprichos de sus reyes. Las disputas religiosas y los desórdenes que les siguen fueron verdaderamente un medio empleado por los monarcas para distraer á los pueblos de los excesos de su poder. Mientras el pueblo disputaba sobre el respeto que merecía un cocodrilo, el soberano aprovechábase en silencio de esas intestinas divisiones, en las que el supremo árbitro venía á ser siempre la fuerza pública.

Escritores ha habido, como Voltaire *(Essais sur les mœurs)* y Aristóteles, que creen ver una prueba de la tiranía de los reyes

Digitized by Google

en las famosas pirámides, obeliscos, templos, etc., que sólo por medio de centenares de miles de infelices pudieron levantarse.

Los ministros de estos monarcas eran también omnipotentes; gozaban, por concesión de sus amos, todo su tiránico y omnímodo poder. El Génesis, refiriéndose á José, dice que el Faraón le dió todo su poder; que mandó á su pueblo obedecer todas las órdenes de su ministro y que nadie sin su consentimiento pudiera moverse en Egipto.

Este ministro ó favorito de que los reyes se proveían era el primer funcionario de aquella corte. Además había otros oficiales. El Génesis nos habla del copero y del panadero y del jefe de la guardia del rey, eminente dignidad que ocupó Putifar. Existían también los intendentes de los rebaños del rey, jefe de las minas, de los almacenes del Estado, jefe de la casa del combate, del arco y de la flecha, etc.

El rey no sólo tenía poder sobre las personas, sino sobre las cosas, de las que disponía libremente. Uno de los Faraones dió á la familia de José posesiones considerables en la parte más fértil del Egipto; Psammético recompensó á los soldados jonios, que habían sido los instrumentos de su ambición, dándoles á todos tierras y moradas.

Un escritor nos pinta la tiranía de los Faraones diciendo: «La bajeza erige á indignos reyes en vida monumentos aduladores; la estatua del soberano es un asilo para el culpable; todos los derechos políticos desconocidos, la libertad civil sin garantía; las prisiones reciben á capricho del monarca víctimas que languidecen enfermas, hasta que otro capricho más humano pone término á su cautividad con su existencia.» ¿Y esta es una monarquía limitada, una nación en donde un rey, Amasis, sin motivo ni forma alguna de proceso, confisca á capricho los bienes de sus súbditos y los envía á la muerte en medio de horribles tormentos?

Por todas estas ligeras indicaciones, tomadas de los principales escritores que han tratado de esta materia, puede fácil-

Digitized by Google

mente juzgarse hasta qué punto habían perdido los egipcios todo sentimiento de dignidad personal, de independencia individual, que es la fuerza y el título de nobleza de las naciones modernas.

VIII

La administración de Egipto, desde los tiempos más remotos hasta la conquista de los persas, estaba en manos de una burocracia poderosa, sabiamente constituída, con una jerarquía, á la que los países más burocráticos de los tiempos actuales no tienen nada que envidiar; era lo que se llamaba la inmensa corporación de los escribas. Había escribas sagrados, encargados de guardar los libros santos y copiarlos, reales, civiles y militares; de estos últimos había uno en cada compañía de soldados, encargado de llevar la contabilidad.

Los escribas tienen alguna analogía con los mandarines en la China; iban ascendiendo en su carrera mediante una serie de exámenes, desde las funciones más modestas hasta los altos puestos del Estado. Aquellos que no eran considerados aptos en los exámenes se refugiaban en las clases de notarios, escribanos públicos, que estaban clasificados con los mercaderes, y que por cierto debían tener mucho trabajo, porque en Egipto todo se escribía. Era tal la importancia de los escribas, que para obtener cualquier cargo en la administración ó en el ejército era necesario poseer ese título.

Para facilitar la administración interior, se había dividido el Egipto en provincias, que tuvieron un jefe nombrado por el rey, depositario y órgano de la voluntad pública. La idea de esta división se atribuye generalmente á Ramsés II ó Sesostris. Algunos escritores sostienen, no obstante, que este príncipe no hizo otra cosa que dividir todo el territorie de Egipto en 36 *nomos* ó provincias, y añaden que esta organización administrativa existía antes del reinado de este gran monarca. No siempre fué el mismo el número de provincias. Plinio dice que en su épo-

Digitized by Google

ca había 50. Diodoro habla solamente de 36; y de antiguo se conoce la división en alto, medio y bajo Egipto.

Sea cual fuese el número de las provincias, cada una de ellas se dividía en cantones, que Estrabón llama *toparquías*.

Á la cabeza de cada *nomos* ó provincia había como jefe de la administración provincial, civil y militar, un *nomarca*, como le llaman los escritores griegos, un funcionario nombrado por el monarca, si bien parece que en ciertas épocas estos gobernadores eran príncipes que transmitían su gobierno por herencia. Estos tenían á su vez bajo sus órdenes otros funcionarios, llamados por los griegos *toparcas*, que eran los administradores de los cantones ó toparquías.

La autoridad religiosa era ejercida por el gran sacerdote del templo de la capital de la provincia, cuya dignidad unas veces fué hereditaria y otras electiva.

Bajo el punto de vista de la administración económica y de la percepción de los impuestos, las tierras de cada provincia se clasificaban en varias categorías: 1.ª, la capital, centro de la administración civil y militar, y centro también de la religión provincial, y las otras ciudades; 2.ª, las tierras laborables sembradas de cereales y fecundadas por las inundaciones del Nilo; 3.ª, las tierras bajas que se destinaban á pastos cuando era posible, y en caso negativo, se cultivaba el loto y el papiro; 4.ª, los canales derivados del río para las necesidades de la agricultura y de la navegación.

La moneda era desconocida entre los egipcios, por lo que los impuestos se pagaban en especies; y cada una de las tierras comprendidas en la anterior clasificación pagaban con los frutos que producían; así, por ejemplo, las tierras de labor, cereales; los canales, pescados, etc.

Herodoto y el Génesis determinan la cantidad que los poseedores de las tierras pagaban al rey en concepto de impuesto, la quinta parte de lo recogido. Existía también un impuesto sobre el papirus, y contribuciones impuestas por los preceptos de la religión, tal como alimentar á los animales sagrados.

Digitized by Google

Conociéronse asimismo las contribuciones extraordinarias sobre la industria, el comercio, etc. Una de las que pueden citarse fué la obligación que se impuso á los egipcios por consejo de José de depositar en los graneros públicos durante los siete años de abundancia la quinta parte del grano recogido en las tierras, para atender á la necesidad grande que sobrevino durante los siete años de escasez, de hambre.

Sin embargo, no todos los ciudadanos se hallaban sujetos al pago del impuesto. Las tierras de los sacerdotes estaban exentas de todo gravamen, lo mismo que las propiedades de los guerreros, de manera que en definitiva venían á pesar las contribuciones sobre la clase de los agricultores en los diversos grupos en que estaba dividida.

Y por último, existía en Egipto la obligación que tenían los egipcios de ir á trabajar en las obras públicas ó del Estado.

Hallábase también organizada la instrucción pública, y los historiadores afirman que era severa la disciplina en las escuelas. El maestro recibía sobre sus discipulos una especie de delegación de la autoridad paterna.

Tal es el bosquejo de la organización administrativa del Egipto en aquellas remotas épocas; organización que merece justamente toda clase de elogios.

IX

Descrito queda, bien que con grandes defectos é imperfecciones, el cuadro de la organización social y jurídica del misterioso país de los Faraones, y en verdad que, como dice un insigne escritor (1), es magnífico el espectáculo que ofrece, en medio de la antigüedad, una nación que por la sola fuerza de su genio sabe triunfar de la indolencia universal. El Africa y la Europa eran salvajes; seguía el Tíber su tranquilo curso sin gloria y sin renombre; á sus orillas crecían sólo flores vigorosas

(1) D. Severo Catalina, *La Verdad del Progreso.*

Digitized by Google

que hollaban con su planta los feroces progenitores de los romanos; los romanos no existían: salvajes cazadores ó ignorantes guerreros ensangrentaban la tierra que más tarde había de producir sabios filósofos, inmortales legisladores; los griegos no existían; entre tanto el Egipto había cultivado todas las ciencias, la industria, el comercio; habían salido de su seno hombres dignos de ser considerados como dioses que le habían dado un culto y sabias leyes; se preparaba á conquistar por su filosofía la dominación que algún día había de adquirir Roma por sus conquistas; y arrojaba, en fin, en medio de los estragos de los siglos, esos monumentos, indestructibles como su gloria, que parecen hoy contemporáneos del mundo.

Esto no es decir, sin embargo, que en aquella sociedad no encuentre la crítica instituciones, costumbres y leyes dignas de severa censura; muy al contrario, y esto es lo que buenamente vamos á hacer, aunque circunscribiéndonos exclusivamente á lo que propiamente puede llamarse la vida jurídica de este pueblo.

Aparece en primer término la división de la población en clases, y la existencia de la esclavitud.

Ya hemos visto cuántos privilegios gozaban los sacerdotes y guerreros, y cuán mísera era la situación de los demás; pero también ocurre preguntar, ¿cuál era el estado social en los pueblos de aquella época? Si comparamos las clases sociales del Egipto con las castas de la India, y aun con los ilotas de Esparta, tendremos que reconocer que era mejor la situación de los egipcios que la que disfrutaban los demás Estados de su época, y aun posteriores.

También en Egipto aparece la esclavitud, y ¿cómo no, si más tarde, en uno de los pueblos más cultos del mundo antiguo, sabios filósofos habían de sostener que había hombres que nacían ya precisamente para esclavos, ó legisladores que sostenían también que la esclavitud era una institución de derecho natural; y por último, no vemos negada hasta la consideración de personas racionales, en el pueblo que ha sobre-

Digitized by Google

salido más por la cultura y perfección de su derecho, á esos infelices seres á que llamaban esclavos?

Y aun así, bien distinta fué la consideración que en Egipto gozaron los esclavos; por lo menos no se les negó la cualidad de personas, y encontramos en su legislación criminal una ley que castiga igual el homicidio del esclavo que el del hombre libre. ¿En qué pueblo de la antigüedad encontramos una disposición semejante?

Si examinamos la legislación civil de este pueblo, también observaremos, aparte de algunos errores, funestos, es verdad, pero más bien efecto de supersticiones religiosas, que por lo que á la sociedad conyugal se refiere, la mujer no fué una cosa, un mueble que sirviera para satisfacer un capricho, y que una vez satisfecho se arrojara por inútil, como acontecía en otros pueblos; por el contrario, gozaba de grandes consideraciones en la familia, aun sin concederle esa supremacía que suponen ejercía algunos escritores. Se le daban garantías contra el repudio; era el marido quien le constituía, no sólo la dote, sino ciertas pensiones y rentas en determinados casos.

Sin embargo, también encontramos instituciones verdaderamente brutales, como el incesto, por lo que ciertamente merece severa crítica.

En lo referente á obligaciones encontramos también disposiciones notables, como la prohibición de que la persona del deudor sirviera de garantía de la deuda por él contraída, y el no permitirse tampoco la prisión por deudas; principios que admira verlos expuestos por un legislador en tan remotísimas edades.

No merece ciertamente la legislación criminal tanto encomio, por más que es preciso siempre tener en cuenta la época y las ideas dominantes de la época en que estas leyes se dictaron, y aun así y todo, encontramos principios que más tarde han consignado en sus códigos los modernos legisladores.

Los detalles que poseemos respecto de la organización judi-

Digitized by Google

cial del imperio de los Faraones, denotan un atento estudio de las necesidades del cuerpo social. Tribunales establecidos sobre bases uniformes, clasificados en un orden jerárquico, diseminados en todas las partes del territorio, y moviéndose, por decirlo así, alrededor de un Tribunal Supremo; la obligación impuesta á todos los ciudadanos de ayudar á los Jueces en la averiguación y esclarecimiento de los crímenes cometidos; la creación de Tribunales especiales para los extranjeros; la institución del Tribunal de las sepulturas, investido del altísimo poder de juzgar sin recurso alguno sobre la vida entera de los que sus funciones ó sus riquezas habían puesto momentáneamente al abrigo de la vindicta de las leyes; todas estas notables excepciones, que no es común encontrar en el origen de los tiempos históricos, son evidentemente el producto de una rara sagacidad junto á una larga y fructuosa experiencia de los negocios judiciales. Si este cuadro, comparado con el que ofrecen las instituciones de los pueblos modernos, contiene sombras y lagunas, su conjunto es de tal naturaleza, que justifica la reputación de alta sabiduría de que gozaba este pueblo en todos los países del mundo antiguo.

Desgraciadamente la escena cambia de aspecto completamente en lo que concierne á la organización política del país. Reyes que eran dioses, súbditos envilecidos y degradados que les prestaban adoración y les rendían culto; tal es el cuadro de la monarquía egipcia; y en verdad que cuesta trabajo llegar á convencerse de tanta degradación, si no fuera por los constantes ejemplos de esta naturaleza de que está llena la historia de la humanidad.

En cuanto á su organización administrativa se refiere, sólo elogios merece, y con exactitud ha sido calificado este país por algún escritor de perfectamente organizado.

Y finalmente, por lo que respecto al derecho internacional, ya hemos indicado las causas del especial carácter que presenta, no ya sólo en Egipto, sino en general en todos los pueblos de la antigüedad, y aun así le vemos celebrar gran nú-

Digitized by Google

mero de tratados; y cosa extraña, y asombrosa ciertamente en estas edades, interponer sus buenos oficios como árbitro en las graves cuestiones internacionales de aquella sociedad (1).

FRANCISCO GÓMEZ DEL CAMPILLO.

---

(1) Las obras de donde se han obtenido los datos de este trabajo, son:

Batissier: «Histoire de l'art monumental»; París, 1845.

Boys: «Historia del derecho criminal de los pueblos antiguos»; tomo 1.°

Carpentier: «Legislation comparée».

Champollión: «L'Egypte sous les Pharaons»; París, 1814.—«Lettres ecrites d'Egypte»; París, 1868, 2.ª edición.

Duncker: «Historia de la antigüedad», traducida por Rivero; Madrid, 1876, tomo 1.°

Gaffasel: «Histoire ancienne des peuples de l'Orient»; París, 1866.

Laurent: «Etudes sur l'histoire de l'humanité», tomo 1.°; Bruselas, 1861.

Lenormant: «Histoire ancienne de l'Orient», tomo 3.°; París, 1885.

Pastoret: «Histoire de la legislation», tomo 2.°; París, 1817.

Revillont: «Cours de droit egyptien»; París, 1884.

Rouje: «Recherches»; París, 1855.

Thonissen: «Etudes sur l'organisation judiciaire, les lois penales et le procedure criminel de l'ancien Egypte», en la *Revue historique de droit français et etranger*; París, 1855.

Wallon: «Histoire de l'esclavage dans l'antiquité»; París, 1879, tomo 1.°

Ahrens: «Enciclopedia jurídica», traducida por los Sres. Azcárate, Giner y Linares, tomo 1.°; Madrid, 1878.

Gabba: «Della condizione giuridica della donne»; Turín, 1880, 2.ª edición.

Ampere: «Voyage en Egypte»; 1868.

Digitized by Google

ESTUDIOS SOBRE EXPROPIACIÓN FORZOSA *

Dos cuestiones, á cual más interesante, han de ocuparnos brevemente al esbozar los problemas que este título de la ley expropiadora suscita: la del motivo justificante de la expropiación y la de la extensión que ésta debería tener.

I

No son grandes ciertamente las dificultades del problema planteado en primer lugar; la necesidad general puede, ¿quién lo duda? legitimar la expropiación forzosa: ya hemos indicado oportunamente que ésta debe ser la fórmula de armonía entre el derecho social y el individual, cuando entre ambos existe alguna contradicción, siquiera sea aparente; pues bien, ¿en qué caso se manifestará más claro este conflicto entre los fines de la colectividad y los del individuo, que cuando la necesidad exige la cesión de la propiedad privada? La necesidad supone, según frase feliz de Foucard, una cosa esencial á la salud de la sociedad, y cuando este caso llega, ocioso nos parece decir que aquellos bienes que constituyen el objeto de la expropiación deben experimentar el cambio de forma que ésta supone, en aras de la salvación de la patria. ¿Quién habrá que dude que, en caso de invasión extranjera, cuando el Estado peligra, es legítimo apoderarse de una finca, sea cual fuese su propietario? diremos tomando el ejemplo propuesto por el Sr. Alonso Martínez. He aquí por qué las leyes que se han inspirado en un respeto mayor á los derechos de los ciudadanos, no han vacilado en declarar que por la necesidad pública *evidente* ó *indispensable* (que son los términos empleados por la declaración de los derechos del hombre de 26 de Agosto de 1789 y la legislación rusa), se puede decretar la expropiación forzosa.

* Véanse las páginas 119 del tomo 81 y 567 del 82 de la REVISTA:

Digitized by Google

Nosotros creemos que cuando caso tan extremo llegue, la salud de la patria puede exigir algo más, el sacrificio de nuestras propiedades y de nuestras vidas, sin expedientes, siempre largos y enojosos, sin trabas muchas veces inútiles.

¿Acaso el jefe de una plaza sitiada no puede hacer ceder á todos los que en ella habiten, cuantos pertrechos de guerra ó sustancias alimenticias posean? ¿Exigirá alguien que, mientras el enemigo amenaza, se emplee el tiempo que las armas reclaman en instruir expedientes detallados?

No hemos de insistir en este punto, ya que nadie habrá que dude que la necesidad general justifica la expropiación forzosa. Ahora bien; ¿producirá el mismo efecto la utilidad general? Batbie así lo da á entender en su *Derecho público y administrativo;* de igual opinión participan autores tan distinguidos como Santamaría, Macarell, Pérsico, Sánchez Román, Azcárate, Tort y Martorell y Alonso Martínez, que, como Foucard, entienden que para motivar la expropiación es bastante que se obtenga una *gran ventaja social;* también las leyes se inspiran, por regla general, en la misma doctrina, como sucede entre las extranjeras con la ley francesa de 1841, la italiana de 1865, la inglesa de 1845, la belga de 1870, la prusiana de 1874, la de Zurich de 1879, de Baviera de 1879, de Colombia de 1890, de Austria de 1878, y entre las nuestras, todas las publicadas.—Véanse en comprobación la ley de 1836, Constitución de 1869 y decreto ley de 12 de Agosto de aquel año, ley fundamental de 1876 y legislación vigente de 1879. En igual criterio se han inspirado los proyectos presentados en 1869 por D. José Echegaray; en 1877 por el Sr. Danvila (que motificado por el Senado y la Comisión mixta, pasó á ser nuestra ley vigente); en 1886 por el Sr. Montero Ríos, y en 1891 por el Sr. Isasa.

Pero la verdadera dificultad del problema está en fijar el concepto estricto y riguroso de la utilidad general para que á su sombra no se esconda la expoliación ó el despojo.

Util para una región y aun para todo el país puede ser la construcción de una vía férrea; pero, ¿y si por sus condiciones especiales puede quizá algún día constituir un peligro en caso de invasión extranjera? Util puede ser para los funcionarios que prestan sus servicios en determinada oficina, y aun para el público, que tal ó cual edificio reuna ciertas condiciones de comodidad ó elegancia; ¿será, sin embargo, éste motivo, bastante para expropiar un palacio con el fin de instalar en él el centro aludido? Abriendo una calle puede ganar en anchura y belleza una parte de la población, pero en cambio se mata una industria que acaso constituya una fuente de riqueza; si un ferrocarril acaba con el tráfico de la navegación fluvial y el transporte por las carreteras,

Digitized by Google

¿deberá darse la expropiación forzosa para abrir la calle ó hacer el ferrocarril? Por estos ejemplos, que pudieran multiplicarse, se comprenderá la absoluta necesidad de que un concepto tan vago como el de la utilidad general sea concretado todo lo posible, sin encerrarle en moldes mezquinos, ni darle excesiva extensión, que bien pudiera adolecer de pecado de socialismo. Las legislaciones han seguido en este punto dos caminos distintos: hay unas que dan, á manera de norma de criterio, una regla general, como ocurre en la nuestra y en la ley francesa de 1841, la inglesa de 1845, la prusiana de 1874 y la belga de 1870, etc.; y otras, como la ley suiza de 1.º de Diciembre de 1887, la húngara de 1881, núm. 41, y la de Colombia de 18 de Noviembre de 1890, que hacen una larga lista de las obras públicas para las cuales se concede la expropiación. Nuestra opinión se inclina sin vacilación al primer sistema, porque entendemos que es sumamente difícil que pueda el legislador presentar un cuadro completo de las aludidas obras, por cuya razón las leyes que han seguido el otro sistema, para evitar omisiones, siempre lamentables, añaden á los casos no enumerados una especie de fórmula general cayendo en lo que quisieron evitar (véase como comprobación la citada ley húngara).

Preferimos, pues, como solución más científica y práctica y opuesta al casuísmo, siempre defectuoso, la de que las leyes expropiadoras contengan una fórmula general que comprenda todos los casos en que la utilidad general exista. Casi parecerá inútil decir, que toda obra que sólo persiga el interés particular, siquiera en ella estén interesadas varias personas, no debe gozar los beneficios de la expropiación; pero no lo es desde el momento en que se ha tenido que dictar en nuestra patria recientemente una Real orden, fecha 30 de Mayo de 1890, declarando que un expediente incoado para concesión de aguas, era nulo desde su origen por atender exclusivamente al interés particular.

Escribe Mr. Batbie en su obra ya citada, que sólo podrán expropiar el Estado, departamento y *commune* para obras que tengan por objeto servicios públicos, no para aumentar el dominio privado del Estado, departamento ó *commune*, por ser como los propietarios ordinarios y estos negocios no tienen el carácter de utilidad pública; nosotros asentimos de buen grado á tan autorizada opinión. En efecto; el Estado puede considerarse como supremo definidor del derecho y como una persona jurídica; bajo este punto de vista considerado, se equipara á otra cualquiera y goza de iguales medios que las demás para el cumplimiento de sus fines; si no se puede conceder á ninguna persona jurídica ni natural la facultad de expropiar cuando su utilidad lo demanda, tampoco al Estado se puede otorgar tal prerrogativa

Digitized by Google

cuando se le considere como una persona jurídica (entendiéndose que lo mismo que decimos del Estado se puede aplicar á la provincia y al municipio), porque sería faltar al principio fundamental en esta materia, según el cual la *utilidad particular* no puede legitimar la expropiación.

En virtud de esta selección que hemos practicado, resulta que solamente para unas obras puede darse la facultad expropiadora, para aquellas que redunden en provecho de la colectividad, del todo social. La rapidez de las comunicaciones, la baratura de los productos, la higiene ó salubridad pública, el desarrollo de la agricultura, de la industria ó del comercio, he aquí motivos bastante poderosos para decretar la expropiación; en ellos se ve indudable beneficio para los ciudadanos, comodidad para la vida, en resumen, mayor y mejor suma de medios para el cumplimiento de los fines sociales; aparece entonces la lucha entre el fin social y el individual, colisión entre el derecho del individuo y el del Estado, y ya dijimos en la *Introducción* que en estos casos la expropiación forzosa era la fórmula de armonía entre ambos derechos y ambos fines.

El art. 2.º de la ley italiana de 1865 dice que *el Estado, las provincias, los municipios, los cuerpos ó personas morales y los simples particulares, pueden solicitar que se declare una obra de utilidad pública* CUANDO REDUNDE EN BIEN GENERAL; la de Suiza de 1879 permite que todos puedan ser privados de sus bienes muebles ó inmuebles por el *bien público;* nuestra ley vigente de 1879 define en su art. 2.º como obras de utilidad pública, á *las que tengan por objeto* DIRECTO proporcionar al Estado, á una ó más provincias ó á uno ó más pueblos, cualesquiera usos ó mejoras que cedan en bien general; concepto análogo expone el art. 2.º del Proyecto del Sr. Isasa; pero á nuestro juicio á todos aventaja, sin decir por eso que sea perfecto, el del hermoso proyecto presentado por el Sr. Montero Ríos en 1886, que dice así en su art. 2.º:

«Se reputarán obras de utilidad pública:

»1.º Las obras ó empresas del Estado, de la provincia ó de los pueblos que tengan por objeto INMEDIATO *y* DIRECTO *el servicio común.*

»2.º Las que por leyes especiales hubiesen sido declaradas de utilidad de esta clase.

»3.º Las que aunque hayan de ser ejecutadas por individuos ó empresas particulares con sus propios recursos, por más que sean oficialmente auxiliadas, son declaradas de utilidad pública por razón del servicio ó mejora de interés común que con ellas se proyecta realizar.»

Digitized by Google

Los casos 1.º y 3.º de esta enumeración ninguna dificultad ofrecen, son consecuencia lógica de la doctrina anteriormente sentada; con el segundo no estamos conformes, porque, como diremos en el capítulo siguiente, no creemos que deba intervenir en estas cuestiones el Poder legislativo.

Problema dificultoso es el de la equiparación del ornato público á la utilidad general, pues sabido es de todos cuánto influyen en la vida moderna las condiciones de belleza de toda clase de objetos; nosotros, reconociendo el valor de los razonamientos en que pudiera apoyarse quien creyera que el ornato público pueda ser motivo determinante de la expropiación, creemos que en esta delicada materia importa mucho no ampliar excesivamente el concepto de la utilidad pública para no caer en un socialismo práctico, como dice el Sr. Tort y Martorell.

Resumiendo todo lo expuesto, diremos que no conceptuamos preciso que la necesidad general exista para legitimar la expropiación forzosa, porque, como se ha dicho con profunda verdad, la necesidad carece de ley, y en los casos, pocos ciertamente, en que la necesidad pública exija el sacrificio de la propiedad privada, en la nación en cuya historia están escritas páginas como las de Sagunto, Numancia y la gloriosa guerra de la Independencia, no hace falta consignar en las leyes que el español se debe á su patria con su persona y sus bienes.

Para la ejecución de toda obra ó mejora que dé como consecuencia *directa* ó *inmediata* una ventaja para la colectividad de los ciudadanos, es legítima la expropiación forzosa; pero nunca para satisfacer deseos de una persona, sea física ó jurídica.

II

Pasa como dogma de la ciencia, que la propiedad inmueble debe ser cedida cuando concurren las circunstancias que quedan reseñadas, sin que sea obstáculo que los bienes pertenezcan á incapacitados, mujeres casadas, menores, mayorazgos, etc., como acertadamente hace notar Foucard, pero la opinión no es tan unánime cuando se trata de bienes muebles. Dicé Batbie que la Administración puede procurarse, al menos en general, muebles semejantes á los que el propietario rehusa ceder, y no ha lugar á combatir la resistencia de un particular cuando la necesidad ó la utilidad puede satisfacerse de otra manera. Esta opinión, de que parece ser también partidario Foucard, entendemos que es exacta. Cualquiera puede ponerse infinidad de ejemplos

Digitized by Google

de objetos muebles que el Estado necesite para procurar alguna ventaja á los ciudadanos y se convencerá de que el contrato voluntario ó la subasta son en general medios adecuados y suficientes para conseguirlos; pero si esto es cierto en tesis general, no lo es menos que en circunstancias especiales puede ocurrir todo lo contrario; la facultad concedida al jefe de una plaza sitiada para obligar á todos los que la habitan á ceder lo que posean, puede servir de ejemplo de cómo la necesidad general puede legitimar la expropiación de objetos muebles; el comiso de ciertas sustancias alimenticias que no reunan condiciones de salubridad llevado á cabo por la autoridad administrativa, el de los instrumentos ó efectos de los delitos que impone como pena accesoria el Código penal, el de los artículos que no han satisfecho los derechos de aduana ó de consumos y otros tantos prueban que se lleva á cabo la expropiación forzosa de los bienes muebles todos los días, por demandarlo la utilidad que á la Sociedad reporta que los alimentos estén en buenas condiciones de salubridad, que el criminal no pueda utilizar nuevamente el arma homicida, que el consumidor no se vea defraudado en la cantidad de los géneros que adquiera, que el Estado ó el Municipio no vean mermados sus ingresos por el contrabando ó el matute, etc., razones todas de *interés general*. Pueden, por tanto, los objetos muebles ser expropiados cuando, como dice Batbie, la utilidad pública exige la adquisición de determinados objetos que no puedan ser reemplazados por otros; á este fin responden, entre otras, las leyes francesas del 3 vendimiario, año V; 14 mesidor, año VII, y 19 brumario, año III, disposiciones de las leyes sanitarias y ventas de remedios secretos, etc., citadas por Batbie y Foucard; nosotros entendemos que sin dificultad alguna pueden ser expropiados ciertos objetos muebles que sean un peligro para la sociedad, como determinadas sustancias explosivas, aparte de las enumeradas y otras que omitimos, ya que en los bienes muebles, lo mismo que en la propiedad inmueble, puede haber casos en que esté en oposición el interés particular con el interés de la sociedad, y la lógica exige que siendo el mismo el principio, sean iguales las consecuencias.

Hemos de observar, sin embargo, una cosa; por regla general los bienes muebles á que alcanza la expropiación son *confiscados* en la casi totalidad de los casos, como puede verse en los ejemplos apuntados, y es que las razones especiales á que en muchos casos responde aquélla, exige, no el *cambio de forma* de la propiedad, sino su *destrucción*, aunque tal medida, como atentatoria á derechos siempre respetables, debe restringirse todo lo posible.

Las legislaciones positivas se ocupan casi exclusivamente de la expropiación de la propiedad inmueble; así ocurre con la ley italiana

Digitized by Google

de 1865, la de Wurtemberg de 1888, las leyes suizas de 18 de Mayo y 1.º de Diciembre de 1887, ley húngara de 1881, la sueca de 30 de Diciembre de 1880, la de Finlandia de 1864, la española de 1879 etc.; siendo casi una excepción la ley del cantón de Zurich de 1879, que extiende la expropiación á todos los bienes sean muebles ó inmuebles.

Opinamos que en la ley expropiadora se debía consignar á manera de principio general que la expropiación puede afectar á la propiedad mueble ó inmueble, sin perjuicio de que, si no se creía oportuno regular la enajenación forzosa de los muebles en un capítulo de la misma ley, se dijese que se regiría por leyes especiales, ya que no es justo que se omita la expropiación de tan interesante forma de propiedad que cada día alcanza más importancia en la vida moderna.

Propiedades especiales.—Ninguna dificultad doctrinal ni práctica ofrece la expropiación de las aguas (1), ni de los montes, minas, etc., por estar equiparados á la propiedad inmueble; pero sí es digno de examen el problema que venimos resolviendo en lo que se relaciona con la propiedad intelectual, artística é industrial. No hemos de intervenir en la apasionada polémica que la propiedad intelectual suscita, respecto de la que hay hasta quien niega su existencia, desconociendo no pocos su verdadera sustantividad; nosotros creemos que lo que se discute en puridad es el *derecho real de reproducción* de las obras literarias, científicas ó artísticas. Colocada en este punto la cuestión, desde luego se manifiestan dos derechos encontrados, el del inventor ó artista que demanda que su trabajo tenga recompensa y que aquello que es fruto de su talento ó de sus estudios sea suyo exclusivamente, y por tanto, pueda él solo reproducirlo como y cuando le plazca, y el de la sociedad entera que tiene derecho á su perfeccionamiento, y por tanto, á los medios todos que á este fin conduzcan, entre los cuales ocupan el primer lugar las obras literarias, científicas ó artísticas; el conflicto, pues, es el mismo que da origen á la expropiación forzosa: ¿por qué no ha de ser también idéntica su solución? Búsquese la manera de hacer cambiar la forma de la propiedad intelectual y de fijar las bases para la indemnización que al autor ó inventor debiera otorgarse, lo cual no sería difícil, y acaso ésta fuese la solución del gran problema de la propiedad literaria.

Escribe Foucard que la expropiación de la propiedad intelectual, como no puede provenir de una urgente necesidad, es precisa una ley especial que determine sus formas y fije sus justos límites. Sólo en parte estamos conformes con el distinguido tratadista: es cierto

(1) Véase el art. 423 del Código civil.

Digitized by Google

que pocas veces exigiría la *urgente necesidad* que se expropiase el libro, el cuadro ó el invento, y no otra cosa ocurre con la propiedad mueble ó inmueble; pero muchas, muchísimas lo demandaría la *utilidad general*, porque tanto ó más contribuye al bien de la colectividad la difusión de la ciencia, la popularización del arte ó la propagación de un invento útil, que la construcción de un ferrocarril ó la apertura de un canal de riego. No nos oponemos, sin embargo, á que la expropiación de la propiedad literaria se rija por una ley especial, siempre que el principio se consigne en la general expropiadora, porque si, como dice un ilustre autor italiano, Cotarelli: «Questo principio di espropriazione per causa d' utilità pubblica in materia di invenzioni industriali trova il suo riscontro in un analogo istituto dell' ordinaria proprietà» (lo cual sin dificultad se puede decir de la propiedad literaria y científica), siendo el mismo el principio, igual debe ser su desarrollo legal.

***

El derecho de dominio, siquiera sea el más importante de los derechos reales, no es el único que existe; dejando por no tener para nosotros interés alguno la discusión de si los derechos llamados reales son desmembraciones del dominio ó tienen sustantividad propia, es lo cierto que ante la ciencia jurídica algo son y no poco significan la posesión y las servidumbres, los censos y la hipoteca. Ahora bien; cuando á la finca que ha de ser expropiada por causa de utilidad pública no afecta ninguno de los que los romanos llamaban *jura inre*, nada hay que añadir á lo dicho; pero en los múltiples casos en que suceda lo contrario, habrá que resolver la cuestión interesantísima de la intervención de las personas que pueden alegar algún derecho sobre el fundo que ha de ser expropiado. Nuestra humilde opinión en este punto está perfectamente de acuerdo con la expuesta en el luminoso preámbulo del proyecto del Sr. Montero Ríos: «la expropiación, se dice allí, lo comprende todo, el inmueble y las cargas reales á que esté afecto. El expropiante adquiere sobre la cosa la plenitud del dominio, ya para destruirla, ya para transformar su sustancia. Todos aquellos á quienes correspondan los derechos que del pleno dominio son como segregación ó desprendimiento, deben intervenir en la expropiación con el mismo título que el poseedor.»

Según la ley austriaca de 18 de Febrero de 1878 (art. 4.º), «se considera como expropiado todo aquel que tenga sobre la cosa derecho de propiedad ó todo otro real.» El art. 21 de la ley francesa de 1841,

Digitized by Google

da intervención en el expediente á los *fermiers locataires ceux qui ont des droits d'usufruit, d' habitation ou d'usage tels qu' ils sont reglès par le code civil, et ceux qui peuvent reclamer des servitudes*, etc.; el art. 4.º de la ley de Wurtemberg de 1888 dice que «la expropiación puede tener por objeto, sea la desposesión integral, sea la restricción del derecho de propiedad ó de ciertos derechos»; la ley italiana de 1865 extiende la expropiación á los inmuebles ó derechos reales relativos á los mismos; la ley de 1882 de la ciudad de Brema permite «la expropiación total ó parcial de la propiedad privada lo mismo que de los derechos que se poseen en la propiedad de otro.»

Nuestra legislación en este punto es defectuosa á nuestro juicio; «considerando, como dice el preámbulo del Sr. Montero Ríos, á los poseedores de alguna carga real representados suficientemente por el dueño, sólo eran tenidos en cuenta cuando por éste se llegara á liquidar el precio»; y «esto, sigue diciendo el Sr. Montero Ríos, envolvía una grave injusticia y venía siendo causa de fundadísimas reclamaciones.»

Por lo que respecta á la posesión, no ocurría esto por considerar sin duda el legislador, que el derecho similar del dominio, que ha sido definido con frase gráfica por un distinguido autor italiano, Filomusi Guelfi, como *Signoria di fatto dell' uomo sulle cosse,* debía ser equiparado á aquél; he aquí por que el art. 5.º de nuestra ley vigente extiende las diligencias de expropiación *á los que tengan inscrita la posesión*. Respecto al derecho real de censo, remedia en parte el mal el art. 1627 del Código civil, al disponer que si la finca gravada con censo se expropiase, la indemnización estará afecta al pago del capital de aquél y pensiones vencidas quedando extinguido (1); y decimos en parte, porque no concede intervención en el expediente á quien tiene derecho á participar del precio.

Los que tengan á su favor constituída una servidumbre y los que hayan de sufrirla deben tener asimismo interverción, como respecto á los usufructuarios ha reconocido la Real orden de 12 de Marzo de 1890.

En suma, cuando la ley se reforme, hacemos votos para que, al menos en su esencia, pase á formar parte de la nueva el art. 5.º del proyecto del Sr. Montero Ríos, inspirado en la que creemos verdadera doctrina jurídica (2), y no se dará la anomalía de que el art. 50, refe-

(1) Este artículo, así como el 1631, es de verdadero interés práctico.

(2) Según el núm. 10 del art. 334 del Código civil, las servidumbres y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles son también bienes inmuebles, por lo que quizá pueda aplicárseles la ley de 1879.

Digitized by Google

rente sólo á la reforma de las poblaciones, que tuvo su origen en una enmienda del Sr. Maluquer, no se pueda aplicar á toda la ley (1).

Enlazada íntimamente con la anterior se nos ofrece otra cuestión también del mayor interés: la de la intervención que deba concederse en el expediente expropiatorio á los industriales establecidos en fincas que hayan de ser expropiadas, y en general á todos los inquilinos de las mismas.

Nadie ignora que muchas veces las condiciones del local, calle en que pueda estar un establecimiento, proximidad á los centros de producción, etc., influyen no poco en el éxito de los negocios, como dice el Sr. Tort y Martorell; si una finca se expropia, ¿debe ser parte en el expediente y percibir una indemnización el comerciante que en ella tiene el centro de sus operaciones? y si al comerciante se indemnizase, ¿debe hacerse lo mismo con todo inquilino?

Análoga pregunta á la primera nuestra dirigía al discutirse la ley vigente en el Senado el Sr. Santa Ana. «¿No cree el Gobierno, añadía, no cree la Comisión, no cree el Senado que es tan respetable la propiedad industrial como la inmueble?» Los justísimos deseos del distinguido Senador no se vieron satisfechos, y ni el Sr. Fernández y González en nombre de la Comisión, ni el Ministro de Fomento entonces, Sr. Conde de Toreno, quisieron admitir sobre este punto enmienda alguna, alegando el primero que los derechos del industrial estaban suficientemente garantidos con la legislación sobre arrendamientos, y el segundo que, sea ó no el comerciante dueño de la finca que ha de expropiarse, ninguna declaración hay que hacer respecto de él en la ley, porque si es dueño, como tal recibirá indemnización, y si no lo es, porque aquél puede en cualquier momento desahuciarle, y á este último caso se reduce la cuestión, á un desahucio forzoso. Según nuestro pobre criterio, el respeto á todos los derechos, base de la expropiación forzosa, exige que el industrial sea respetado en los suyos, y por tanto, estimamos justísima la proposición de ley presentada en 4 de Mayo de 1882 al Congreso de los Diputados por los Sres. Moret, Balaguer y Canalejas, según la cual los inquilinos arrendatarios ú ocupantes de inmuebles que fueren objeto de expropiación tendrían derecho á ser indemnizados por los perjuicios que se les sigan en su industria ó comercio por la traslación de sitio ó transformación de sus procedimientos industriales, yendo en este punto más lejos que el proyecto del Sr. Montero Ríos, que exigía para ello que el arrendamiento, fuese por seis años, que es lo que según la ley Hipotecaria se

(1) Respecto á la hipoteca, véase el art. 111 de la ley y 95 del Reglamento.

Digitized by Google

requiere para que se pueda inscribir en el Registro; porque creemos que no por ser un establecimiento muy moderno deja de ser gravoso á su dueño trasladarse á otra parte, y si bien es cierto que siendo más antiguo será mayor el perjuicio que se le ocasione, esto sólo será, un dato, si bien muy importante, para regular la indemnización; será en suma, una cuestión de *cantidad*, pero no de *esencia*. En contra de esta opinión, he aquí lo que dice el preámbulo del proyecto del Sr. Montero Ríos: «*El expropiante, al encontrarse con un derecho que tiene obligación de respetar, debe indemnizarlo*. Si este derecho no está inscrito, no es él quien tiene la obligación de indemnizar á aquel á quien tal derecho correspondiera. Podrá el dueño tener que hacer esta indemnización al colono ó al inquilino, y *aun cabrá discutir si esta indemnización debe ser abonada por el expropiante en concepto de daños y perjuicios.*» Es muy cierto, ciertísimo, que el expropiante, al encontrarse con un derecho que debe respetar, debe indemnizarlo. ¿Pero es que no es respetable en todo caso el derecho del inquilino ó colono, sea comerciante, industrial ó lo que quiera? (porque no vemos la razón de que el comerciante sea indemnizado y no el Abogado, el Médico ó el Agente de negocios, y aun el simple particular, ya que á todos irroga perjuicios la expropiación). Pues si lo es, ¿por qué no indemnizarle? y si hay que indemnizarle, ¿por qué no considerarle como parte en el expediente para que pueda sostener sus derechos sin necesidad de tutela, ni de pasar por lo que otro haga, siquiera este tutor ó gestor forzoso sea el dueño de la finca? Todo aquel que con motivo de la expropiación de una finca sufra un perjuicio, debe ser indemnizado en proporción á la cuantía del mismo, y como todos tenemos como un derecho sagrado el de defensa, es natural que todo el que haya de percibir alguna cantidad sea, si lo quiere, parte en el expediente de expropiación, sin que esté representado por nadie, puesto que es principio general de derecho, que el que causa un mal á otro, está obligado á indemnizarle los daños y perjuicios que sufra, y como el que causa el trastorno es el expropiante, él debe indemnizarlo, además de que tal doctrina no es sino aplicación directa del principio fundamental que legitima la expropiación tantas veces por nosotros repetido.

Expropiación de los monumentos artísticos ó históricos.—No faltan autores que sostengan que el Estado tiene, á título de protección al arte, el derecho de expropiarlos, y hasta se dió en Hungría una ley que lleva el número XXXIX, sancionada en 24 de Mayo y ante las Cámaras en 28 de Mayo de 1881, que se refiere á esta materia. Opina Foucard, que «únicamente en caso de necesidad pueden expropiarse los monumentos artísticos, es decir, cuando estén en manos de poseedores ignorantes ó avaros que los dejen perecer, los inutilicen ó los destru-

Digitized by Google

yan», y así es en efecto; lo contrario sería dar excesiva extensión al concepto de la utilidad general, y así como hemos dicho que el ornato público no es, á nuestro juicio, motivo bastante para decretar la expropiación, entendemos que sería incurrir en el socialismo dar facultades al Estado para que pueda expropiar los objetos artísticos sólo por serlo. Otra cosa muy diferente es que se procure *comprar* los que sea posible, aprovechando todas las coyunturas favorables para ello, pero sólo se deben *expropiar* cuando haya fundados temores de que se pierdan. Igual criterio sostenemos respecto á los monumentos históricos, pues como se decía en un documento oficial de Italia: «¡De cuánta vergüenza se cubriría un pueblo civilizado si fuese indiferente espectador de la destrucción que el tiempo ó una mano avara hacían de sus preciosos recuerdos!»

Digno de elogio y de transcribirse á nuestro derecho es el art. 83 de la ley italiana de 1865, inspirado en estos principios, si bien dándole suficiente amplitud para comprender los objetos muebles é inmuebles de valor artístico ó histórico que estuviesen en peligro de perderse ó deteriorarse gravemente.

No queremos terminar este capítulo sin dedicar dos palabras á una cuestión debatidísima, la desamortización, respecto de la cual sólo queremos copiar un párrafo del dictamen emitido por la Comisión de las Cortes Constituyentes de 1854 respecto de la que fué luego ley de 1.º de Mayo de 1855: «Si la desamortización de la propiedad es de *utilidad pública*, indisputablemente reconocida, nada más justo que variar la forma de la propiedad de las manos muertas en beneficio común»; véase cómo al querer dar carácter jurídico á la desamortización, se invoca el principio de la expropiación forzosa y es que así como la confiscación es hija de la tiranía, la expropiación es hermana de la libertad, la expresión más hermosa del principio de igualdad ante la ley, del respeto de todos los derechos.

Digitized by Google

CAPÍTULO III

Títulos 2.° y 3.° de la ley.—Disposiciones complementarias.—Cuestiones que se suscitan.—Conclusión.

TÍTULO II

De la expropiación.

SECCIÓN PRIMERA

PRIMER PERÍODO.—DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA (1).

Art. 10. La declaración de que una obra es de utilidad pública será objeto de una ley cuando en todo ó en parte haya de ser costeada con fondos del Estado, ó cuando sin concurrir estas circunstancias lo exija su importancia á juicio del Gobierno.

Corresponde al Gobierno, por medio del Ministro respectivo, hacer dicha declaración cuando la obra interesa á varias provincias ó cuando haya de ser costeada ó auxiliada con fondos generales, para cuya distribución esté previamente autorizado por la ley.

En los demás casos corresponde al Gobernador de la provincia, oyendo á la Diputación, y además al Ayuntamiento cuando se trate de obras municipales.

Art. 11. Se exceptúan de la formalidad de la declaración de utilidad pública las obras que sean de cargo del Estado y se lleven á cabo con arreglo á las prescripciones del capítulo 3.° de la ley de Obras públicas; las obras comprendidas en los planos generales, provinciales y municipales, que se designan en los artículos 20, 34 y 14 de la misma ley de Obras públicas; toda obra, cualquiera que sea su clase, cuya ejecución hubiese sido autorizada por una ley ó estuviera de-

(1) Declarada de utilidad pública una obra en general, no se necesita esta declaración especial para cada una de las expropiaciones parciales (R. D. S. de 30 de Diciembre de 1862, *Gac.* de 10 de Febrero de 1863).

La declaración de si una obra es de utilidad pública pertenece á la potestad discrecional de la Administración, y no es susceptible de revisión por el procedimiento contencioso-administrativo (Sent. de 21 de Abril de 1890).

No puede agraviar los derechos del demandante la Real orden que desestima la alzada interpuesta por éste contra una declaración de utilidad pública, habiéndose interpuesto aquélla fuera del término de treinta días (Real orden de 3 de Marzo de 1882, *Gac.* de 12 de id.).

Digitized by Google

signada en las leyes especiales de ferrocarriles, carreteras, aguas y puertos, dictadas ó que se dicten en lo sucesivo. Asimismo todas las obras de policía urbana, y en particular las de ensanche y reforma interior de poblaciones.

Art. 12. El expediente de declaración de utilidad pública podrá instruirse por iniciativa de las Autoridades á quienes competa hacerla, por acuerdo de una ó varias corporaciones, ó á instancia de un particular ó empresa debidamente constituída.

Art. 13. En todo caso se presentará ante la Autoridad que corresponda con arreglo al art. 10, por duplicado, el proyecto completo de la obra que se trate de llevar á cabo, con suficiente explicación, no sólo para poder formar idea clara de ella, sino también de las ventajas que de su ejecución han de reportar los intereses generales y comunes, y de los recursos con que se cuenta para llevarla á cabo.

La Autoridad á quien competa hacer la declaración de utilidad pública, por medio de los periódicos oficiales de los términos á quien la obra interese, y de comunicaciones dirigidas á las Autoridades de los mismos, pondrán en conocimiento de éstas y del público la pretensión entablada, á fin de que, cuando lo tengan por conveniente, produzcan las reclamaciones que crean oportunas en un plazo que no baje de ocho días si se trata de una obra que sólo afecta á un Ayuntamiento, de veinte si afecta á una provincia, y de treinta si se extiende á varias, en cuyo caso los anuncios se insertarán además en la *Gaceta de Madrid*.

SECCIÓN SEGUNDA

SEGUNDO PERÍODO.—NECESIDAD DE LA OCUPACIÓN DEL INMUEBLE (1).

Art. 14. Declarada una obra de utilidad pública, corresponde á la Administración resolver si para la ejecución de aquélla es necesario el todo ó parte del inmueble.

Art. 15. La persona ó Corporación que haya sido autorizada para construir una obra presentará en el Gobierno de la provincia la rela-

---

(1) No puede ser expropiada mayor extensión de terrenos que aquella cuya ocupación se ha creido necesaria, ni tampoco pueden serlo aquellos respecto de los cuales no ha recaído tal declaración (Sentencia de 5 de Febrero de 1880, *Gaceta* de 29 de Marzo, y Real decreto de 30 de Octubre de 1884, *Gaceta* de 31 de id).

Los dueños de registros mineros no tienen derecho á expropiar los terrenos del Estado que para la explotación necesiten (Sentencia del Tribunal de la Contencioso, 4 de Julio de 1889).

Digitized by Google

ción nominal de los interesados en la expropiación con arreglo al proyecto aprobado por ella, y replanteo autorizado por los encargados de la inspección de las obras, ya por la Administración pública, ya por las Corporaciones que han de costearla, haciendo constar en aquélla la situación correlativa, el número y clase de las fincas que á cada propietario han de ser ocupadas en todo ó en parte, así como los nombres de los colonos ó arrendatarios, haciendo la separación debida por distritos municipales.

Art. 16. El Gobernador de la provincia dentro del tercero día de haber recibido las relaciones á que se refiere el artículo anterior, remitirá relación nominal á cada alcalde en la parte que le corresponda para que, hechas las oportunas comprobaciones con el padrón de riqueza y con los datos del registro de la propiedad, si fuera necesario, y rectificados los errores que pueda contener, forme por ella, y remita en un término que no pasará de quince días, la relación que ha de servir para los efectos expresados en el art. 5.º de esta ley.

Art. 17. Recibida la relación nominal de propietarios autorizada por el Alcalde, se dispondrá por el Gobernador su inserción en el *Boletín oficial* de la provincia, señalando un plazo, que no deberá bajar de quince días ni exceder de treinta, para que las personas ó Corporaciones interesadas puedan exponer contra la necesidad de la ocupación que se intenta, y en modo alguno contra la utilidad de la obra que queda resuelta ejecutoriamente por la declaración de utilidad pública.

Art. 18. Producidas las reclamaciones dentro del término marcado en el artículo anterior, el Gobernador civil, oída la Comisión provincial, decidirá, dentro de los quince días siguientes, sobre la necesidad de la ocupación que se intenta para la ejecución de la obra.

Art. 19. De la resolución del Gobernador civil únicamente podrá recurrirse en alzada al Ministerio correspondiente dentro de los ocho días siguientes al de la notificación administrativa.

El Ministerio resolverá dentro de los treinta días siguientes al del registro de entrada del expediente, por medio de Real decreto (1).

Art. 20. Declarada la necesidad de ocupar una ó más fincas para

(1) No es legalmente posible al Gobierno resolver en el fondo una alzada contra un acuerdo municipal en materia de expropiación pasado el período de treinta días á que se refiere el párrafo segundo del art. 19, por lo que, no otorgando la ley el carácter de ejecutivas á las resoluciones de los Ayuntamientos y de los Gobernadores en materia de expropiación, ya que hay que estar á lo más beneficioso para los particulares, hay que reconocer que ha prescrito el derecho de la Administración y resolver el asunto en favor del interesado (Real orden de 17 de Marzo de 1881, *Gaceta* de 6 de Abril).

Digitized by Google

la ejecución de una obra de utilidad pública, se procederá á la fijación de aquélla ó las partes de ella que deban ser expropiadas, así como á su valoración; y al efecto, el Gobernador de cada provincia de cuantas por la obra puedan ser interesadas, avisará por medio del *Boletín oficial* á los propietarios contenidos en la relación nominal rectificada, y además les harán notificar personal é individualmente, señalándoles ocho días de plazo para que comparezcan ante el Alcalde respectivo á hacer la designación del perito que á cada uno ha de representar en dichas operaciones. Si no fuesen habidos, se observarán para la notificación las formalidades que para la citación y emplazamiento ordena la ley de Enjuiciamiento civil.

Con el propio objeto se dirigirá al representante de la Administración ó de la Corporación que costee las obras, que deben haber sido de antemano competentemente autorizados.

El nombramiento de peritos ante el alcalde ha de hacerse por las mismas personas que constan en la relación nominal, no admitiéndose representación ajena sino por medio de poder debidamente autorizado, ya sea general, ya expreso para este caso.

Art. 21. Los peritos designados, tanto por la Administración como por los propietarios, tendrán precisamente título facultativo suficiente para la clase de operaciones que se les encomiendan, sin que se exija otra limitación en las condiciones del nombrado que la de haber ejercido su profesión por espacio al menos de un año.

Los nombramientos que hayan recaído en personas que no reunan estas condiciones, así como los que puedan hacerse faltando á lo prescrito en el artículo anterior, se tendrán por nulos; entendiéndose que los propietarios respectivos, lo mismo que los que no hayan hecho nombramiento, se conforman con el perito que ha de representar á la Administración ó á la persona que asuma sus facultades ó á la Corporación que costee las obras.

Art. 22. El ingeniero ó persona facultativa que represente al Gobierno, ó en general la persona á quien se refiere el artículo anterior, recibirá del Gobernador de la provincia una certificación en que consten los nombramientos hechos ante el alcalde ó los alcaldes de los términos que abrace la obra, y señalará á los peritos el día en que han de comenzar las operaciones de medición, dirigiéndolas personalmente ó por medio de sus ayudantes, de manera que en el menor plazo posible y con la mayor exactitud se obtengan cuantos datos sean necesarios para preparar el justiprecio.

Art. 23. Los datos á que se refiere el artículo anterior, consistirán en una relación detallada y correlativa de todas las fincas que han de ser expropiadas, con expresión de su situación, calidad, cabida total

Digitized by Google

y linderos, así como de la clase de terreno que contiene, y explicación sobre la naturaleza ó sus producciones.

Se hará constar además el producto de renta de cada finca por los contratos existentes, la contribución que por ella se paga, la riqueza imponible que represente, y la cuota de contribución que le corresponde según los últimos repartos.

Asimismo se hará manifestación del modo con que la expropiación interesa á cada finca, expresando la superficie que aquélla exige, y si no se ocupa en totalidad, se especificará la forma y extensión de la parte ó partes restantes. Estos accidentes se representarán en un plano de escala de 1,400 para las fincas rústicas, y 1,100 para las urbanas, que acompañará á la relación indicada.

También se indicará si en alguna finca que no haya de ocuparse toda, será más conveniente la expropiación total ó la conservación de su resto á favor del propietario, para lo cual habrá de estarse á la manifestación del perito de éste (1).

Art. 24. Los documentos á que se refiere el artículo anterior, deberán ser firmados de común acuerdo por todos los peritos que correspondan á cada obra ó trozo de ella ó á cada término municipal, y se remitirán por el director de la obra al Gobernador civil de la provincia con su informe, exponiendo las observaciones que crea procedentes sobre el comportamiento de los peritos.

Art. 25. Los gastos ocasionados por estas operaciones, así como los honorarios de todos los peritos, son de cuenta de la Administración ó de quien su derecho represente en toda la duración de este período.

Las construcciones, plantaciones, mejoras y labores que no sean de reconocida necesidad para la conservación del inmueble, realizadas después de la fecha en que se ultime este período, no serán tenidas en cuenta para graduar el importe de la indemnización.

---

(1) Procede indemnizar á quienes tengan una servidumbre que se expropia, aplicando el último párrafo del art. 23 (Real orden de 11 de Abril de 1881, *Gaceta* de 2 de Mayo).

Digitized by Google

SECCION TERCERA

TERCER PERÍODO.—JUSTIPRECIO (1).

Art. 26. Una vez conocida con toda certeza la finca ó parte de finca que es preciso expropiar á un particular, establecimiento ó corporación cualquiera, el representante de la Administración intentará la adquisición por convenio con el dueño, á cuyo efecto dirigirá por medio del Gobernador de la provincia á los propietarios interesados una hoja de aprecio hecho por el perito de la Administración por cada finca, en la que, deducidas de la relación general, consten esas circunstancias, y se consignará como partida alzada la cantidad que se abone al propietario por todos conceptos y libre de toda clase de gastos. Este, en el término de quince días, aceptará ó rehusará la oferta lisa y llanamente, teniéndose por nula toda aceptación condicional.

La aceptación lleva consigo, por parte de la Administración, el derecho de ocupar toda la finca ó la parte de ella que se haya determinado en la hoja de aprecio, previo siempre el pago del importe (2).

Art. 27. Cuando el propietario rehuse el ofrecimiento de la Administración, quedará obligado á presentar otra hoja de tasación, suscrita por su perito, en que, con arreglo á los mismos datos, se contenga la apreciación que crea justa, cuya hoja deberá ser entregada al Gobernador dentro del mismo plazo que se da al propietario para resolver.

El representante de la Administración remitirá otra hoja análoga suscrita por el perito nombrado por él, tan pronto como por el Gobernador le haya sido notificada la disidencia del propietario.

Los derechos que los peritos devenguen en estas tasaciones serán satisfechos respectivamente por cada parte interesada, así como el papel sellado en que se han de extender las hojas de tasación (3).

---

(1) Declarada la utilidad pública y la necesidad de la ocupación del inmueble, procede entrar en el período del justiprecio, sin acordar trámites correspondientes á los anteriores, á los cuales no puede volverse aunque se siguieran según la ley de 1836 y el dueño haya adoptado después la de 1879 (Sentencia de 3 de Junio de 1890).

(2) Cuando existe convención voluntaria, ella regula los derechos y obligaciones de las partes, que sería ilusoria si hubiera que atenerse á las prescripciones de la ley expropiadora que suponen la no existencia de un contrato particular (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Octubre de 1885, *Gaceta* de 30 de Enero de 1886).

(3) El propietario de una pertenencia minera sita en su finca, tiene derecho á nombrar peritos para intervenir en la tasación del suelo y subsuelo (Sentencia de 10 de Octubre de 1889).

Digitized by Google

Art. 28. En ellas ha de hacerse constar detalladamente los fundamentos del justiprecio, ya por lo que toca á la clase de las fincas, ya por lo relativo al precio que se las señale. Los peritos tendrán en cuenta todas las circunstancias que puedan influir para aumentar ó disminuir su valor respecto de otras análogas que hayan podido ser objeto de tasaciones recientes en el mismo término municipal, y al valor de la parte ocupada en la finca agregarán las que representen los perjuicios de toda clase que se les ocasionen con la obra que da lugar á la expropiación, como también en compensación de estos ó parte de ellos deberá tenerse en cuenta el beneficio que la misma les proporciona en sus restos.

Los peritos son responsables de las irregularidades que en las hojas de tasación se adviertan ó de las faltas de conformidad en que se hallen con la relación anteriormente formulada.

En el caso de que el importe total de una ó más hojas de tasación fuese el mismo en las de la Administración que en las de los propietarios, se entenderá fijado de común acuerdo el justiprecio.

En el caso de divergencia entre la hoja de la Administración y las de los propietarios, deberán reunirse los peritos de ambas partes en un término que no podrá exceder de ocho días, para ver si logran ponerse de acuerdo acerca del justiprecio.

Transcurrido dicho plazo sin manifestar la conformidad de los peritos, se entenderá que ésta no ha podido conseguirse, y las diligencias seguirán la tramitación correspondiente.

Art. 29. La Administración ó quien sus derechos tenga, podrá, si le conviene, ocupar en todo tiempo un inmueble que haya sido objeto de tasación, mediante el depósito de la cantidad á que ascienda aquélla, según la hoja del perito del propietario, á cuyo efecto dictará el Gobernador de la provincia las disposiciones convenientes.

El propietario tiene derecho á percibir el 4 por 100 al año de la cantidad expresada por todo el tiempo que tarde en percibir el importe de la expropiación definitivamente ultimada.

Art. 30. Cuando el perito nombrado por la Administración y el designado por el propietario no convengan en la determinación del importe de la expropiación, el gobernador civil de la provincia oficiará al Juez del distrito para que designe el perito tercero.

Art. 31. El Juez, dentro de los ocho días de haber recibido la comunicación de que habla el artículo anterior, y bajo su responsabilidad, designará de oficio el perito, consignará su aceptación y la participará al Gobernador de la provincia, sin admitir ni consentir reclamación de ninguna especie.

Art. 32. Interin el Juez hace el nombramiento de perito tercero, el

Digitized by Google

Gobernador civil de la provincia dispondrá que se unan al expediente:

1.º Los títulos de pertenencia de las fincas que la Administración haya creído conveniente reclamar de los interesados.

2.º Las relaciones dadas por los propietarios á la Hacienda pública para la imposición de la contribución territorial, de los tres años anteriores.

3.º Certificación de la riqueza imponible, graduada á cada finca para la distribución de la contribución territorial y de la cuota que le haya correspondido durante los tres últimos años.

4.º Certificado del Registrador de la propiedad sobre el precio de los inmuebles que se trate de expropiar, si alguno de ellos hubiese sido objeto de algún acto traslatorio de dominio en los últimos diez años, y en otro caso el precio á que se hayan enajenado en los doce meses anteriores otras fincas inmediatas á la que es objeto de la expropiación ú otras que por su situación y naturaleza se hallen en circunstancias análogas.

Art. 33. Reunidos los antecedentes indicados en el artículo anterior, y todos los demás que considere pertinentes el Gobernador civil de la provincia, y recibido del Juez el nombramiento de perito tercero, éste, en un plazo que no excederá nunca de treinta días, evacuará su cometido por medio de certificación, que se unirá al expediente en la misma forma en que se hallen redactadas las hojas de tasación, y entendiéndose que el importe ha de encerrarse siempre dentro de los límites que hayan fijado el perito de la Administración y el del propietario.

Art. 34. El Gobernador, en vista de las declaraciones de los peritos y de los demás datos aportados al expediente, en el término de treinta días, dentro precisamente del mínimum y del máximum que hayan fijado los peritos, y oyendo á la Comisión provincial, determinará por resolución motivada el importe de la suma que ha de entregarse por la expropiación, comunicándose el resultado á cada interesado. Esta resolución se publicará en el *Boletín oficial* de la provincia cuando sea consentida por las partes.

Cuando la resolución del Gobernador cause estado, se cumplimentará por el procedimiento que determine la ley de Contabilidad y reglamentos especiales (1).

---

(1) Cuando resulta discordia entre los peritos, se está en el caso de que el Gobernador use de la facultad que le concede el art. 34 de la ley y 53 del reglamento, determinando la cantidad abonable al propietario, y no incurre en error fijando el que naturalmente se deduce del valor dado á la finca en los amillaramientos, en el Registro de la propiedad, y el concedido á otras contiguas (Real decreto-sentencia de 26 de Febrero de 1885).

Digitized by Google

Art. 35. Contra la resolución motivada del Gobernador puede reclamarse por los particulares, dentro de treinta días de la notificación administrativa ante el Gobierno, y su decisión ultima la vía gubernativa. El Gobierno, representado por el Ministro que corresponda, podrá reclamar del Gobernador el expediente en el mismo plazo y revisar su resolución motivada.

En uno y otro caso, la Real orden que corresponda se notificará al Gobernador en un plazo que no podrá exceder de treinta días.

La Real orden que se consienta por las partes se publicará en el *Boletín oficial* de la provincia.

Contra la Real orden que termina el expediente gubernativo procede la vía contenciosa dentro de dos meses de notificada la resolución administrativa, tanto por vicio sustancial en los trámites que establece esta ley, como por lesión en la apreciación del valor del terreno expropiado, si dicha lesión representa cuando menos la sexta parte del verdadero justo precio (1).

Art. 36. En todos los casos que tuviera lugar la enajenación forzosa, á más de satisfacer al expropiado el precio en que fuese valorada su finca, se le abonará un 3 por 100 como precio de afección (2).

---

(1) No deduciéndose de las alegaciones del pleito ni de los documentos é informes del expediente, que el dueño de la finca expropiada haya sufrido un perjuicio de la sexta parte al menos de su valor, no puede alegarse agravio que justifique su revocación (Real decreto sentencia de 24 de Agosto de 1888, *Gaceta* de 12 de Diciembre).

Igual doctrina contiene el Real decreto-sentencia de 2 de Septiembre de 1888, que añade que la facultad, concedida al Ministro por el art. 35 de la ley, para revisar las resoluciones motivadas del Gobernador en punto á apreciación de las fincas, no puede limitarse en lo más mínimo; que la designación de tercer perito para tasar fincas rústicas, recaída en un ingeniero de caminos, está ajustada á la ley. (Comprende esta resolución otros detalles de menor importancia).

Procede la vía contenciosa si el agravio inferido al dueño representa cuando menos la sexta parte del valor de la finca expropiable, y el objeto del juicio en tal caso es determinar el precio justo que debe darse á la finca expropiada, dentro del *máximum* y *mínimum* fijados por los peritos, límites dentro de los cuales debe encontarse el precio marcado en definitiva por la Administración (Sentencia del Tribunal de lo Contencioso, 21-26 de Diciembre de 1889, *Gaceta* de 25 de Octubre de 1890).

El plazo de treinta días á que se refiere el art. 35, debe contarse desde el día siguiente á aquel en que la parte interesada se da por notificada, incluyéndose en el cómputo los días festivos (Real decreto-sentencia de 26 de Diciembre de 1888, *Gaceta* de 2 de Febrero de 1889).

Con arreglo al art. 56 del Reglamento, la resolución del pleito contencioso pone fin al expediente de justiprecio, por lo cual es lo procedente que en la sentencia se determine de una manera fija la cantidad que ha de abonarse por la expropiación (Sentencia de 3 de Julio de 1891).

(2) La indemnización que se debe pagar por la expropiación forzosa com-

Digitized by Google

SECCIÓN CUARTA

CUARTO PERÍODO.—PAGO Y TOMA DE POSESIÓN (1).

Art. 37. Cuando la resolución del Gobernador acerca del importe de la expropiación causa estado, se procederá inmediatamente á su pago.

El pago se realizará precisamente en metálico, ante el Alcalde del término á que las fincas pertenezcan, á cuyo efecto se le dirigirá el oportuno aviso, con la lista de los interesados y con anticipación suficiente para que puedan concurrir á la casa consistorial el día y hora que se designe para el pago.

Art. 38. El Alcalde cuidará de que la persona que para el efecto represente á la Administración, ó á quien su derecho tenga, entregue las cantidades que consten en cada hoja del justiprecio al dueño de la finca reconocido, con arreglo á lo que disponen los artículos 5.º y 6.º de esta ley, debiendo autorizar la firma del que ponga el «recibí» en la hoja del justiprecio con el sello de la alcaldía.

Cuando algún propietario no sepa firmar, lo hará á su ruego uno de los presentes, y en este caso, así como en el de no admitir la sustitución para firmar por ausencia de otro, el Alcalde pondrá su V.º B.º para autorizar dichas firmas.

Art. 39. Si algún propietario se negase á percibir el importe que se consigne en la respectiva hoja de justiprecio, ó si sobre el derecho á percibir el valor de la expropiación de una ó más fincas se moviere cuestión que pueda dar lugar á litigio, ó si sobre liquidación de las cargas reales que puedan tener algunas de aquellas no hubiere avenencia entre los interesados, el alcalde suspenderá el pago de las cantidades correspondientes, haciéndolo constar todo en un acta, que remitirá al Gobernador civil tan pronto como termine la operación del pago. En ella se hará constar del mismo modo el nombre de los propietarios que, á pesar de la citación expresa, no hayan acudido al acto del pago.

---

prende, no solo el valor de las fincas ó terrenos que han de ocuparse, sino el de los daños y perjuicios que se ocasionen, y además el 3 por 100 de su importe (Sentencia, Sala tercera del Tribunal Supremo, 18 de Noviembre de 1869, *Gaceta* de 1.º de Enero de 1870).

(1) La ley de 1836 no concedía al dueño de la finca expropiada el derecho de reversión cuando no se verificaba la otra, sino solamente el de tanteo (Real decreto-sentencia de 30 de Abril de 1866. *Gaceta* de 28 de Junio).

Digitized by Google

Art. 40. El Gobernador dispondrá el depósito de las cantidades que se hallen en alguno de los casos marcados en el artículo anterior, y también cuando de los títulos de las fincas resulte gravamen de restitución; y á su autoridad habrán de acudir los interesados en los mismos, cuando haya llegado el caso de realizarlas ó de utilizarlas.

Art. 41. Cuando se hayan ultimado las operaciones de expropiación de un término municipal ó trozo de obra, se entregará por la persona que la haya llevado á cabo, al Gobernador de la provincia, una copia debidamente autorizada de todas las hojas de valoración, ya sean por aprecio, por tasación ó por justiprecio, que constituyen el expediente de aquella extensión, á fin de que por las oficinas se tome razón de la transmisión del dominio de las propiedades que comprenda, estando sobre la inscripción en el Registro de la propiedad á lo que determine la ley.

Art. 42. No se podrán ejercer los derechos á que se refiere el artículo 4.º por suponer que en una finca que haya sido objeto de expropiación se ha ocupado mayor superficie que la señalada en el expediente respectivo.

Si las necesidades de las obras hubiesen exigido una ocupación más extensa, se ampliará la tasación á la terminación de aquéllas ó en el acto que lo reclame el propietario, al respecto de los precios consentidos en el expediente primitivo, siempre que el exceso no pase de la quinta parte de la superficie contenida en aquél.

En otro caso, deberá el aumento ser objeto de nueva expropiación, aunque por causa de ella no podrán detenerse las obras en curso de ejecución. Cuando esto suceda, la nueva tasación se referirá al terreno que se ha de ocupar ó haya ocupado, y en modo alguno á los perjuicios que deben haberse tenido en cuenta en el expediente primitivo.

Art. 43. En caso de no ejecutarse la obra que hubiese exigido la expropiación, en el de que aun ejecutada resultase alguna parcela sobrante, así como en el de quedar las fincas sin aplicación por haberse terminado el objeto de la enajenación forzosa, el primitivo dueño podrá recobrar lo expropiado, devolviendo la suma que hubiere recibido ó que proporcionalmente corresponda por la parcela, á menos que la porción aludida sea de las que, sin ser indispensables para la obra, fueron cedidas por conveniencia del propietario con arreglo á la última prescripción del art. 23.

Los dueños primitivos podrán ejecutar el derecho que les concede el párrafo anterior en el plazo de un mes, á contar desde el día en que la Administración les notifique la no ejecución ó desaparición de la obra que motivó la ocupación del todo ó parte de las fincas que

Digitized by Google

les fueron expropiadas; y pasado aquél sin pedir la reversión, se entenderá que el Estado puede disponer de la finca (1).

Art. 44. Para los efectos de esta ley, se entiende parcela en las fincas urbanas toda porción sobrante por expropiación mayor de tres metros que resulte insuficiente para edificar con arreglo á las Ordenanzas municipales.

En las fincas rústicas, cuando sea de corta extensión y de difícil y costoso aprovechamiento, á juicio de peritos.

SECCIÓN QUINTA

DE LA REFORMA INTERIOR DE LAS GRANDES POBLACIONES (2).

Art. 45. Las expropiaciones necesarias para la mejora, saneamiento y ensanche interior de las grandes poblaciones, se regirán por las prescripciones siguientes.

Art. 46. Los Ayuntamientos de las grandes poblaciones que reunan por lo menos 50.000 almas, que necesiten su reforma interior, formarán los planos totales ó parciales de las obras que deban hacerse en el casco de las mismas, ya sea para ponerlo en armonía con su ensanche exterior, si lo hubiere, ya para facilitar la vialidad, ornato y saneamiento de las poblaciones.

En los planos se fijarán con toda precisión las calles, plazas y alineaciones que se proyecten y los terrenos ó solares que exija la realización de la obra; é instruído el expediente de expropiación por los trámites establecidos en esta ley y Reglamento para su ejecución, se remitirá al Ministerio de que dependan las construcciones civiles, á fin de que recaiga la correspondiente declaración de utilidad pública de la obra.

---

(1) Según el art. 43 de la ley expropiadora, cuando el todo ó parte de la finca no hace falta para la obra de utilidad pública, podrá el primitivo dueño recobrar lo expropiado ó la porción sobrante, devolviendo la suma recibida ó lo que proporcionalmente corresponda (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Enero de 1880).

El art. 43 rige en todos los casos ocurridos después de su promulgación, independientemente de la ley que reguló el acto anterior de la expropiación que esté ya perfecto (Sentencias de 8 de Febrero de 1889, *Gaceta* de 3 de Junio, y 29 de Enero de 1886, *Gaceta* de 19 de Abril).

Es de la competencia de los Tribunales ordinarios el conocimiento de las cuestiones que se susciten cuando la Administración niega el derecho de reversión concedido al dueño del inmueble cuando éste no se aplica á la obra objeto de la expropiación (Real decreto de 17 de Septiembre de 1890).

(2) El Ayuntamiento que no concede al propietario de un terreno licencia para edificar en él por hallarse comprendida el área del mismo como vía pública en la zona de ensanche, tiene obligación de abonar el importe de la finca (Real orden de 12 de Agosto de 1885).

Digitized by Google

Art. 47. Estarán sujetas en su totalidad á la enajenación forzosa, para los efectos previstos en el artículo anterior, no sólo las fincas que ocupen el terreno indispensable para la vía pública, sino también las que en todo ó en parte estén emplazadas dentro de las dos zonas laterales y paralelas á dicha vía, no pudiendo, sin embargo, exceder de 20 metros el fondo ó latitud de las mencionadas zonas.

Art. 48. Cuando para la regularización ó formación de manzanas convenga hacer desaparecer algún patio, calle ó trozo de ella, estarán también sujetas á la enajenación forzosa las fincas que tengan fachadas ó luces directas sobre las mismas, si los propietarios de ellas no consienten en su desaparición.

Art. 49. En las enajenaciones forzosas que exija la ejecución de la obra será regulador para el precio el valor de las fincas antes de recaer la aprobación al proyecto.

Art. 50. Las expropiaciones que tengan lugar por los conceptos expresados en los artículos de esta sección se harán en absoluto, esto es, incluyendo en las mismas los censos, dominios y toda otra clase de gravámenes y servidumbres que afecten directa ó indirectamente al derecho de propiedad, de modo que, hecha la expropiación de la finca, no puedan revivir por ningún concepto para los nuevos solares que se formen, aun cuando el todo ó parte de los terrenos de los mismos proceda de finca ó fincas que se hallaren afectas á dichas cargas.

Art. 51. Los Ayuntamientos, para atender á estas obras declaradas de utilidad pública, podrán contratar los empréstitos necesarios, guardándose las formalidades que establecen las leyes.

Art. 52. A los efectos del art. 115 de la ley general de Obras públicas de 13 de Abril de 1877, se declara que además de la exención de los derechos reales y traslaciones de dominio que se concede á los Ayuntamientos para las fincas que deban adquirir, á fin de llevar á cabo la realización de las obras de reforma, se concede igual exención al otorgarse por los mismos la venta de los nuevos solares regularizados que resulten por razón de las fincas expropiadas con dicho objeto.

Art. 53. Podrán asimismo ejecutar por sí, ó por medio de compañías concesionarias, las obras de que se trata, con autorización del Gobierno, pero llevando cuenta separada exclusivamente por todo lo relativo á las mismas.

Art. 54. Para la ejecución de los proyectos de las obras á que se refieren los precedentes artículos, se ajustarán en todo á las reglas y prescripciones que establece la presente ley; y con respecto á parcelas, á lo que se previene en las leyes de 17 de Junio de 1864 y á la de ensanche de poblaciones.

Digitized by Google

TÍTULO III

De las ocupaciones temporales (1).

Art. 55. La Administración, así como las corporaciones ó personas en quienes haya subrrogado sus derechos, podrán ocupar temporalmente los terrenos de propiedad particular en los casos siguientes:

1.º Con objeto de hacer estudios ó practicar operaciones facultativas de corta duración que tengan por objeto recoger datos para la formación del proyecto ó para el replanteo de una obra.

2.º Con el establecimiento de estaciones y caminos provisionales, talleres, almacenes, depósitos de materiales y cualesquiera otros más que requieran las obras previamente declaradas de utilidad pública, así por lo que se refiere á su construcción, como á su reparación ó separación ordinarias.

3.º Con la extracción de materiales de toda clase, necesarios para la ejecución de dichas obras, ya se hallen diseminados por la propiedad ó hayan de ser objeto de una explotación formalmente organizada.

Art. 56. Las fincas urbanas quedan absolutamente exceptuadas de la ocupación temporal é imposición de servidumbres; pero en los limitados casos en que su franqueamiento pueda ser de necesidad para los servicios aludidos, deberá obtenerse el permiso expreso del propietario.

Art. 57. El funcionario público encargado del estudio de una obra de esta clase ó el particular competentemente autorizado para el mismo trabajo serán provistos por el Gobernador de la provincia de una credencial para los Alcaldes de los pueblos en cuyos términos deben operar, á fin de que les presten toda clase de auxilios, y muy especialmente el de procurar el permiso de los respectivos propietarios para que la comisión de estudios pase por sus fincas. Los perjuicios que con las operaciones puedan causar en ellas, deberán ser abonados en el acto por tasación de dos prácticos, nombrados por el jefe de

---

(1) Las ocupaciones temporales llevadas á cabo sin que precedieran los requisitos de la ley de Expropiación ni previo acuerdo con los dueños, son reclamables por vía de interdicto (Real decreto de 25 de Julio de 1884, *Gaceta* de 2 de Agosto. — Real decreto de 19 de Enero de 1882, *Gaceta* de 29 de id.—Reales decretos de 6 de Marzo y 11 de Julio de 1886).

Ocupada temporalmente una finca, previa consignación del depósito exigido por el Gobernador, no procede el interdicto de recobrar (Real decreto de 10 de Marzo de 1886, *Gaceta* de 19 de id.).

Digitized by Google

estudios y el propietario, ó según regulación del Alcalde ó de la persona en quien haya delegado sus facultades, siempre que aquéllos no se aviniesen. En el caso de resistencia injustificada, el Alcalde lo pondrá en conocimiento del Gobernador, á fin de que dicte la resolución que proceda con arreglo á la ley general de Obras públicas.

A instancia de parte, y previa la justificación que estime conveniente, podrá el Gobernador retirar la autorización concedida y exigir la responsabilidad á que hubiere lugar por cualquier abuso cometido.

Art. 58. La declaración de utilidad pública de una obra lleva consigo el derecho á las ocupaciones temporales que su ejecución exija.

La necesidad de éstas será objeto, siempre que se manifieste, de un procedimiento ajustado á lo que se previene en la sección segunda del título 2.º; pero la declaración del Gobernador á que se refiere el art. 8.º (1), será ejecutiva; y sin perjuicio de los procedimientos ulteriores podrá tener lugar el justiprecio y la consiguiente ocupación. Cuando se trate de una finca con cuyo dueño se hayan practicado diligencias anteriores, se suprimirá la publicidad de las notificaciones por medio del *Boletín oficial*, entendiéndose con aquél por conducto del Alcalde.

Art. 59. No siendo posible en la mayor parte de los casos de ocupación temporal señalar de antemano la importancia ni la duración de ella, el Gobernador decretará que se lleve á efecto, previo convenio entre la Administración y el propietario, de la cantidad que deberá depositarse para responder del abono procedente en su día. Si no hubiere acuerdo, se procederá en los términos expresados en el art. 29 y siguientes de esta ley.

Antes de que se proceda á la ocupación temporal de una finca sin haberse pagado previamente el importe de la ocupación misma, se hará constar el estado de ella, con relación á cualquiera circunstancia que pudiera ofrecer dudas al valorarse los daños causados, con arreglo á lo prevenido para la expropiación completa en el art. 23.

Art. 60. Las tasaciones en los casos de ocupación temporal se referirán siempre á la apreciación de los rendimientos que el propietario ha dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación, agregando además los perjuicios causados en la finca ó los gastos que suponga el restituirla á su primitivo estado de producción. Nunca deberá llegar la tasación de una ocupación cualquiera á representar tanto como el valor de la finca. La Administración, en el caso de que la ta-

(1) Por la ley de 4 de Agosto de 1882 se mandó rectificar este artículo tal como queda transcrito.

Digitized by Google

sación de los perjuicios le parezca excesiva, podrá pedir la valoración de la expropiación completa, por los medios que esta ley previene, y optar por ella, siempre que no exceda su importe en una mitad del de aquéllos.

Art. 61. El valor de los materiales *recogidos* de una finca, ó arrancados de canteras en ella contenidas, sólo se abonará en el caso de que aquéllos se encuentren *recogidos* y apilados por el dueño desde época anterior á la notificación de su necesidad para los usos de la Administración, ó de que éstas se encuentren abiertas y en explotación con anterioridad á la misma época, acreditando que necesita aquéllos y los productos de éstas para su uso. Fuera de este caso, para que proceda al abono del valor del material que de una finca se extraiga, deberá el propietario acreditar:

1.º Que dichos materiales tienen un valor conocido en el mercado; y

2.º Que ha satisfecho la contribución de subsidio correspondiente á la industria que por razón de esta explotación ejerce, en el trimestre anterior al en que la necesidad de la ocupación fué declarada.

No bastará, por lo tanto, para declarar procedente el abono de los materiales, el que en algún tiempo se hayan podido utilizar algunos con permiso del dueño ó mediante una retribución cualquiera.

Tampoco se tendrán en cuenta las reclamaciones por indemnización de beneficios que se presuman por efecto de arriendos de las fincas para plantear determinadas industrias, con tal de que no se hallen establecidas con las condiciones expresadas.

Art. 62. Cuando la conservación ó reparación de una obra de utilidad pública exijan en todo ó en parte la explotación permanente de una cantera, habrá lugar á la expropiación por los trámites de la presente ley.

Art. 63. Los frutos ó abonos que cubran una finca en el momento de su ocupación para una obra de interés general, y no se hayan tenido presentes al hacer su expropiación, se tasarán y abonarán en el acto de verificarse aquélla, mediante la apreciación sumaria que deben hacer dos prácticos, nombrados uno por cada parte, entre los que decidirá el Alcalde ó un delegado suyo, si no resultare avenencia; entendiéndose que el importe de esta tasación nunca ha de exceder del 3 por 100 del valor que se haya señalado á la finca en el expediente de expropiación. Estas diligencias se entenderán con los arrendatarios ó cultivadores de la finca, cuya designación hará el Alcalde por lo que resulte de los Registros municipales.

Digitized by Google

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 64. Todos los expedientes de expropiación ú ocupación temporal que se hallen en curso al publicarse la presente ley, se regirán por las disposiciones legales anteriores, á menos que ambas partes opten de común acuerdo por los procedimientos que en ella se establecen.

Art. 65. Quedan derogadas todas las leyes, decretos, reglamentos ú órdenes contrarios á la presente.

Art. 66. El Gobierno publicará los Reglamentos necesarios para la ejecución de esta ley.

***

La escasa importancia que tienen las disposiciones de los Reglamentos de 1879, 1881 y 1891 y su fácil consulta, nos mueven á omitir aquí su transcripción; por la misma razón no copiamos la ley vigente de Ensanche de Madrid y Barcelona de 26 de Julio de 1892, ni el Reglamento para su aplicación fecha 8 de Mayo de 1893.

El tít. 2.º de la ley es seguramente el de mayor interés práctico, puesto que en él se detallan los trámites que el expediente expropiatorio ha de seguir, pero quizá por eso mismo no alcanza tanta importancia científica como el primero; sin embargo, dos problemas íntimamente enlazados, de no escasa utilidad científica y práctica, se pueden plantear acerca del mismo, y que procuraremos resolver en la medida de nuestras escasas fuerzas.

En el expediente hay que resolver, como es natural, en primer lugar si la obra pública en consideración á la que se concede la expropiación, es realmente de utilidad general; después hay que ver si la finca A. ó B. es precisa para la ejecución de la obra proyectada; luego la manera de fijar la suma que el propietario ha de percibir por ella, y finalmente, ha de pasar el fundo expropiado de la propiedad particular á la pública; cada uno de cuyos extremos es objeto de un período del expediente según nuestra ley, y en el fondo todas las legislaciones contienen disposiciones semejantes; así, por ejemplo, según la ley francesa de 1841, art. 2.º, es preciso para que los Tribunales puedan decretar la expropiación: 1.º, que se haya dado una ley ó Real orden que autorice la ejecución de las obras para las cuales la expropiación es indispensable; 2.º, un acta del Prefecto designando las lo-

Digitized by Google

calidades ó territorios en que han de llevarse á cabo las obras, si esta designación no resulta de la ley ó Real orden; y 3.º, otro decreto en que el Prefecto determine las propiedades particulares que han de expropiarse; la ley italiana de 1865 regula separadamente los actos que preceden á la expropiación, los bienes que pueden ser expropiados, etc.

¿Para todos estos trámites debe ser competente cualquiera de los poderes del Estado? ¿Uno solo de éstos ha de intervenir en tan interesante materia?

Ajeno por completo á nuestro propósito es intervenir en la complicadísima cuestión de determinar cuántos deben ser los poderes del Estado y cuáles los límites de la esfera de acción de cada uno. Sea ó no completamente exacta la distinción tripartita de Arístóteles consignada en su clásica *Política*, según la cual, Εστι δε τρια τῶν πολιτειῶν πασῶν... Εστι δε τῶν τριῶν ἕν μεν τι το βουλενομενον περι τῶν κοινῶν, δευτερον δε περι τας αρχας, τριτον δε το δικαιον; es decir, lo que llamaríamos Poder deliberante, administrativo y judicial, ó existan solamente el legislativo y el ejecutivo como quiere Locke; aceptemos la división de Montesquieu de Poder legislativo, ejecutivo y judicial, que Kant llamó *potestas legislatoria*, *rectoria* y *judiciaria*, ó la de Hegel en Poder *legislativo, rectoria* (Regierungsgewalt), y del príncipe; haya, como Ahrens enseña, Poder *gubernativo*, *legislativo* y *ejecutivo*, este último dividido en *judicial* y *administrativo*, ó como un distinguido catedrático, el Sr. Mendizábal, quiere, Poder *constituyente, deliberativo, legislativo* y *ejecutivo*, es lo cierto, y así se deduce de la opinión de todos estos distinguidos autores, que es forzoso distinguir el Poder legislativo, el ejecutivo y judicial; el primero; que como dice perfectamente el Sr. Santamaría, *formula* la regla de derecho; el segundo, que *aplica* el derecho formulado, le desenvuelve en relación con todos los fines de la vida y le hace cumplir por la coacción, y el tercero, que relaciona el hecho concreto con una ley preexistente, resolviendo si hay ó no infracción de la misma, aparte del llamado *cuarto poder* por Clermont Tonerre, *real* por Benjamín Constant, *gubernativo* por Stuart Mill, y por el Sr. Santamaría *armónico* ó *regulador*.

La declaración de utilidad pública de la obra proyectada es indiscutiblemente atribución del Poder ejecutivo, pues como dice Foucard, «para apreciár la utilidad de una grande obra es preciso necesariamente estar colocado en un punto de vista muy elevado desde donde se puedan estudiar los intereses de todo un país, conocer los rendimientos que presenta y preveer las consecuencias que producirán para su agricultura tal camino, tal canal que se propone abrir. Esta apreciación no

Digitized by Google

puede ser hecha sino por el Poder ejecutivo, que recibe noticias de todas partes, se puede rodear de hombres especiales, hábiles para calcular las dificultades y para medir las probabilidades de éxito».

«Sólo el Estado, escribía el ilustre jurisconsulto Sr. Alonso Martínez, es el Juez de la pública utilidad y de las necesidades sociales. El Poder, ó mejor dicho, la Administración activa, no puede abdicar tan esencial prerrogativa, y es llano que su ejercicio no está sujeto á contención. Desaparecería si no la distinción fundamental entre el Gobierno y la Justicia, viniendo ésta á absolver las facultades de aquél. Los Tribunales, además, no son órganos de lo útil, sino de lo justo, ni cuentan con medios adecuados para apreciar con acierto las necesidades públicas. En cuanto al propietario, una cosa es que se le oiga antes de resolver, así como á los particulares interesados ó lastimados en sus derechos é intereses, y otra muy distinta que sea la Administración activa asistida de los cuerpos consultivos la que pronuncie la última palabra en el expediente, sin que contra su fallo soberano quepa apelación, salva siempre la responsabilidad de los Ministros ante las Cortes.»

Ante razones tan claras no debemos insistir, ya que, como dice el distinguido autor del proyecto tantas veces citado de 1886, la competencia de la Administración es notoria y nadie la ha puesto en duda, y esto es tan cierto que hasta las legislaciones inspiradas en el sistema que llamaremos judicial (como sucede con la ley francesa de 1841, que en su art. 1.º y á modo de principio fundamental, dice que «L'expropiation pour cause d'utilité publique s'opere par autorité de justicie»), no pueden menos de reconocer que el Poder judicial es incompetente para decidir de la utilidad general.

Frecuentísimo es que las mismas legislaciones, que no tienen inconveniente en atribuir al Poder ejecutivo ó á la Administración la facultad de decidir en cada caso qué obra es de interés general y cuál no, se detengan en la mitad del camino, y desconfiando de aquél pongan la declaración de utilidad pública bajo el amparo y salvaguardia del Poder legislativo; tal acontece, por ejemplo, en las leyes francesa, italiana y española, entre otras muchas; y no son las leyes solamente, son los mismos autores los que defienden ésta que acaso se pueda calificar de falta de lógica: «Ninguna Autoridad, dice Macarell, sino el legislador ó el Poder ejecutivo, es llamado á poner el sello á las medidas primordiales que pueden dar nacimiento al derecho extraordinario de hacer ceder una propiedad cualquiera.»

«Podrá extrañar, añade, ver al legislador ocuparse en ordenar las obras por sí mismo; esta función está en el círculo de las atribuciones del Poder legislativo. Estas obras, tales como son, son cosa de pura

Digitized by Google

ejecución en el sentido de que tienen únicamente por fin proveer á servicios públicos. No obstante, á causa de la importancia de algunas entre ellas y la influencia que su sistema puede ejercer, sea sobre la propiedad del Estado, sea sobre sus rentas, se comprende que el legislador haya establecido que la Administración deba recurrir á él en los casos más graves». Piensa Foucard que «habría inconvenientes en dejar al Poder ejecutivo decidir las obras que puedan reportar grande importancia para la economía política, por lo cual se ha establecido una distinción, atendiendo á la naturaleza de los trabajos.»

Nosotros sentimos mucho no poder participar de tan autorizadas opiniones, y para ello nos fundamos en dos razones: una exclusivamente científica, otra principalmente práctica.

Dada la distinción de los Poderes, base del derecho político moderno, preciso es que cada uno cumpla los fines á que responde, sin mezclarse en la esfera de acción de los demás. «Merced á la *legislación,* dice un distinguido autor italiano, Filomusi Guelfi, se da la fórmula positiva del derecho, se dictan las normas jurídicas coactivas que deben regir en determinado pueblo y que son la regla, sea de las acciones de las varias formas concretas de la sociedad, sea, en fin, de las acciones del Estado mismo.» La ley no debe ser otra cosa sino la expresión de los principios de justicia, atendiendo las circunstancias históricas de cada pueblo, la fórmula más general de la idea del derecho. ¿Cómo después de asentar estos principios querer que el legislador se ocupe en determinar si *determinada obra es ó no útil* para el Estado? Fije la ley las reglas generales, que su *aplicación* á cada caso, su *ejecución*, es misión propia del Poder administrativo. Es que quizá se diga, la cuestión es otra; es que, como decía la exposición de motivos de la ley francesa de 1810, en esta materia uno de los primeros cuidados del legislador debe ser que no se abuse de la causa misma en favor de la cual la expropiación puede ser legítima... y contra más solemnes sean las formas, mejor estarán las propiedades particulares al abrigo de lo que se podría decorar con el nombre respetable é imponente de la utilidad pública.» Pero ¿acaso, preguntaríamos nosotros, dada la organización actual de nuestros Parlamentos, donde la fuerza de las mayorías adictas al Gabinete decidiría seguramente en favor de éste cualquier cuestión en que el Ministerio tuviese empeño, es otra cosa exigir una ley para declarar de utilidad pública una obra, que retardar unos meses más la resolución del expediente? Pero hay más; nadie ignora de qué manera los proyectos de carreteras, ferrocarriles, *pasan* á primera hora y se votan sin que nadie se entere de qué se trata, siendo también de todos bien sabido que la que hoy es ley de 25 de Julio de 1892 (*Gaceta* del 30), autorizando al Ministro de Fo-

Digitized by Google

mento para admitir proyectos de carreteras en la provincia de Málaga con los requisitos que expresa (que, dicho sea de paso, abriría si se aplicase enorme brecha á la expropiación forzosa), causó después de aprobada no poca sorpresa á los mismos que á ello habían contribuído. Al sistema legislativo, aparte de las contras de todo eclepticismo, pueden, pues, oponerse graves cargos; es contrario á los principios fundamentales del derecho político, y dada la actual organización del Poder legislativo, es un obstáculo para la rapidez del expediente expropiatorio, sin ofrecer garantías mayores para los ciudadanos.

Después de lo dicho, claro está que los trámites que siguen á la declaración de utilidad pública y preceden al justiprecio, creemos han de ser también atribución del Poder ejecutivo, sin que nos parezca admisible que, como quiere Macarell, sea en algún caso una ley la que fije las localidades ó territorios que han de expropiarse; lo contrario sería incurrir en una imperdonable falta de lógica.

Á estos dos períodos, que bien pudieran constituir uno solo, sucede el que más contiendas ha suscitado, aquel sobre el que existe mayor divergencia en las legislaciones, el del justiprecio. Sólo un punto puede decirse que está resuelto con cierta unidad de criterio, entre los múltiples que comprende; que de común acuerdo fijen el representante del Estado y el propietario la suma á que ha de ascender la indemnización; pero, en lo demás, es verdaderamente anárquica la variedad que en las leyes reina; así, por ejemplo, en la legislación francesa de 1841, marca la cuantía del precio un Jurado especial, presidido por un Magistrado director, que, en vista de los datos suministrados por las partes fija el importe de las indemnizaciones que han de percibir propietarios, colonos, arrendatarios, etc. Según la ley de 23 de Octubre de 1876, el Tribunal nombra peritos, cuya tasación está sujeta á la aprobación de aquél. En el Canadá, por el acta de 28 de Diciembre de 1876, determinan la indemnización árbitros nombrados por el propietario y el Consejo, y en caso de no haber conformidad, por un Juez del Tribunal superior, los cuales dan un certificado firmado por todos ó la mayoría, siendo su decisión soberana; en Zurich (ley de 1879), en defecto de acuerdo amigable, regula la indemnización una Comisión, compuesta de tres peritos y dos suplentes, que es nombrada por el Tribunal superior, y cuyas funciones duran tres años; Finlandia encomienda la resolución de esta clase de cuestiones á un Jurado ó Tribunal, según la ley de 1864, cuyo criterio sigue la de Colombia de 18 de Noviembre de 1890; finalmente, también el Poder judicial es quien, en vista de cuantos datos pueda tener presentes, fija en Bélgica (ley de 1835) el importe de la indemnización.

Digitized by Google

En Italia, el Tribunal del distrito en que se hallan los bienes nombra uno ó tres peritos, cuya tasación produce los mismos efectos que la judicial; en Inglaterra, si el valor de la finca no excede de 50 libras esterlinas, dos Jueces de paz marcan la indemnización; si es mayor, pueden los interesados nombrar árbitros, ó dejar la decisión á un Jurado.

La ley prusiana de 1874 da facultad á tres peritos nombrados por las partes ó por el Gobierno del distrito para la fijación del precio, resolviendo después el Gobierno lo que crea conveniente, pudiendo de esta resolución recurrirse por la vía judicial; una cosa semejante acontece en Rusia, donde también intervienen los peritos, y lo propio en el fondo ocurre en España, en donde, como es sabido, también se exige largo expediente, peritaje, etc., etc.

Difícil es después de tantos pareceres que, aunque tienen caracteres comunes, ofrecen no pocas diferencias, y que prueban con su variedad las complicaciones que el problema tiene, emitir una opinión, y aun es mayor el temor de desacertar en la solución que se proponga cuando se tiene la desgracia de estar en completa oposición de pareceres con los de la inmensa mayoría; pero hemos de tener el valor de nuestras convicciones, aunque con la duda de haber elegido el más erróneo de los sistemas.

Consignábamos antes que la inmensa mayoría de las leyes preven el caso de que haya conformidad entre lo que el Estado ofrece y lo que el particular pide por la finca que ha de expropiarse, y á fe que si la enajenación forzosa fuese una compraventa como todas las demás, ningún reparo habríamos de oponer á ello, que partidarios somos de que sea la relación entre la oferta y el pedido lo que en primer término regule el precio de las cosas; pero es que el Estado no puede ofrecer lo que bien le parezca (aparte de lo fácil que es el abuso por parte de sus representantes), porque no puede despilfarrar la fortuna pública, sino que debe satisfacer sólo lo justo. Hay necesidad de que, utilizando los medios que tiene á su alcance, averigüe cuánto debe pagar por vía de indemnización, y eso y no más entregar, sin que deban consentirse convenios de que pueden resultar amaños y acaso fraudes para la Hacienda pública, de lo cual la experiencia nos suministra frecuentes ejemplos. El catastro, los amillaramientos, el registro de la propiedad, las oficinas todas en donde conste el valor que se conceda á la finca que ha de ser expropiada y cargas que la afecten, tales deben ser las pruebas, que por ser preexistentes no serán sospechosas, que indiquen lo que el Estado *ofrezca* por lo que haya de expropiarse; si el propietario (y diciendo propietario nos referimos á todo el que tenga interés en la expropiación) acepta, es cuestión

Digitized by Google

resuelta; si no, recursos tiene dentro de las leyes para hacer valer sus derechos más ó menos indiscutibles, Tribunales hay á que puede acudir y ante los que podrá justificar que los datos de los registros públicos á que la Administración se atuvo para justipreciar su finca eran inexactos, y por tanto, que ha sido menoscabado en sus derechos, si bien el Tribunal, que en definitiva falle la cuestión, si lo hace á favor del particular, debe comunicarlo á las autoridades de Hacienda para que éstas vean si ha habido entonces ó antes algún perjuicio ó defraudación en los intereses públicos por indebido pago de contribuciones, etc., y en su caso aplicar las penas que las leyes y reglamentos imponen para estos casos.

En el fondo, pues, estamos completamente de acuerdo con el proyecto de 1886, que tantas veces hemos elogiado, incluso con el procedimiento especial de los artículos 52 y siguientes; sólo en dos puntos tenemos el sentimiento de diferir de él, en no creer convenientes los pactos entre el particular y el Estado por las razones indicadas (sin que á nuestro juicio quepa decir, como lo hace el preámbulo, que haciendo lo contrario se abrevia, porque si la Administración ha de ofrecer con verdadero conocimiento de causa, de algún lado ha de tomar sus datos, y si lo hace de buenas fuentes, no es legítimo que dé mas que lo que ellas indiquen), y en no opinar que lo que haya pagado el expropiado de menos en la contribución debida en el último quinquenio se descuente del importe de la indemnización, en lugar de lo cual creemos preferible esa especie de *tanto de culpa* de que antes hablábamos, para no introducir confusión en los poderes del Estado, ya que en su distinción está la mejor garantía de los derechos del ciudadano.

Creemos legítima la intervención del Poder judicial, como quiere el Sr. Montero Ríos; pues como dice perfectamente el Sr. Sánchez Román, «en la expropiación forzosa se da siempre un conflicto entre el derecho del Estado y el del propietario, debiéndose atender á que éste no sea atropellado por aquél, sacrificando á los particulares en sus derechos al arbitrio de una Autoridad. La ley que confíe la resolución de este conflicto del Poder judicial como más desapasionado, competente y habituado á resolver los conflictos de la vida civil; la que reduzca la superioridad del Estado y aumente los medios del propietario facilitando condiciones de defensa y garantía á los dos términos del problema, será la que contendrá el sistema más aceptable y menos ocasionado á injusticias. Confiar las cuestiones de expropiación forzosa al Poder judicial, es el sistema más perfecto en esta materia», sin que aceptemos el jurado francés, porque, con el Sr. Montero Ríos, estimamos que no ofrece garantías en una cuestión entre un expropiante extraño ó desconocido y un convecino expropiado,

Digitized by Google

en cuya causa pueden ver la suya propia los jurados en un próximo porvenir.

Aquí debemos dar por terminado nuestro trabajo, ya que ninguna otra cuestión científica de importancia nos ocurre plantear en todo el resto de la ley. Quizá lo sea para alguien la llamada de la expropiación por zonas; pero claro está que siendo en muchos casos preciso, para que la reforma de las grandes poblaciones se haga, tanto expropiar el terreno que ha de ocupar la nueva vía, como una faja á cada lado (cuya determinación será las más de las veces obra de las circunstancias é imposible de fijar de antemano), por ser igual la razón, igual debe ser la consecuencia; he aquí por qué sin discusión aceptamos la expropiación por zonas, y lo mismo decimos respecto á las ocupaciones temporales; sin embargo, antes de dar por acabada nuestra tarea, séanos lícito expresar nuestro deseo y nuestra esperanza de que se reforme la deficiente y defectuosa legislación española sobre expropiación forzosa por causa de utilidad pública. Si cuando tal día llegue, tenemos la satisfacción de que sean aceptadas algunas ideas de las expuestas en estos humildes estudios, se habrán colmado con exceso nuestras aspiraciones.

José María Soto y Ardid.

Digitized by Google

INSTRUCCIONES ESPECIALES DADAS A FISCALES DE AUDIENCIA *

Lérida.—Arts. 2.º, 72, 74 y 76 de la ley del Jurado.

En causa por asesinato seguida en la Audiencia se redactaron las preguntas que había de contestar el Jurado, consignando en la primera el hecho principal con relación á uno de los procesados, en esta forma: A..., «¿es culpable de haber, al oscurecer del día 5 de Abril último, hecho dos disparos de arma de fuego á X ..., causándole una herida en el pecho y otra en el cuello, ambas mortales, de las cuales falleció á los pocos momentos?» Y en la segunda: «¿Es culpable de haber ejecutado el mismo hecho?»

Se hizo observar al Fiscal respectivo que de la expresada redacción de esas dos preguntas resultaba un motivo de verdadera confusión, pues aun cuando se pudiera inferir que lo que se quiso preguntar fué si cada uno de los procesados hizo dos disparos que produjeron las lesiones, no fué eso en realidad lo preguntado, sino tan sólo si los mismos hechos que ejecutó José los ejecutó Ramón; de donde podía surgir la duda de si los disparos fueron dos ó cuatro, y caso de que se hicieran cuatro, si fueron cuatro también las lesiones ó solamente dos.

Que, además, la forma de la segunda pregunta no se acomodaba al sentido del art. 74 de la ley del Jurado, que dispone se formule una por cada procesado; precepto que no se cumple con la mera referencia á otra anterior, sino con la debida puntualización de los hechos que á cada procesado se refieran.

También se hizo notar al mismo Fiscal que la pregunta cuarta, que decia: «¿El hecho se ejecutó con premeditación conocida por parte de los culpables?», era defectuosa, por someter á la decisión de los jurados un concepto jurídico con las mismas palabras que emplea el artículo 10, núm. 7.º del Código penal, contraviniendo así á lo que pres-

(*) Forman parte de la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de la que nos ocuparemos oportunamente.—*(N. de la R.)*

Digitized by Google

criben los artículos 2.º, 72 y 76 de la ley de 20 de Abril de 1888, que, salvo en lo relativo á las cuestiones de culpabilidad é intención, limitan la competencia del Jurado á los hechos, con sujeción á la fórmula que para cada caso contiene el último de los referidos artículos. Se encargó al Fiscal que en casos semejantes formule las oportunas reclamación y protesta, é interponga á su tiempo recurso de casación por quebrantamiento de forma si aquéllas no fueran atendidas.

6 de Marzo de 1893.

***

Albacete.—Arts. 72 y 76 de la ley del Jurado.

Seguida causa en la Audiencia contra A... por parricidio en la persona de su mujer, se dirigió al Jurado, entre otras, la siguiente pregunta: «Tercera. El haber ayudado A..., momentos antes del hecho expresado en la primera pregunta, á descargar el carro de patatas que su mujer había conducido á casa, sin demostrar disgusto; las amenazas que con anterioridad le había dirigido en alguna ocasión, acometiéndola con navaja, y haber demostrado de palabra propósitos de matarla, ¿son hechos que demuestren que el procesado había meditado con anterioridad y de una manera notoria matar á su mujer?»

Se hizo notar al Fiscal que lo que aquí se preguntó al Jurado no era si A... ejecutó determinado hecho, sino tan sólo si, supuestos esos hechos que se dan como ciertos, el Jurado estima que aquél obró con premeditación conocida, pues á tanto equivale el adjetivo «notoria» con que se califica la premeditación por que se pregunta; resultó que, en vez de someter al Jurado la declaración sobre hechos, que es lo que después de la culpa constituye la materia propia de su competencia, los afirma la Sección de derecho y reserva á los Jueces de hecho el concepto jurídico, que sólo á ella corresponde.

Se le advirtió igualmente que las demás preguntas del veredicto tenían una redacción defectuosa por parecido motivo, pues aparte de que por las razones apuntadas no se ajustaban al espíritu ni á la letra de la ley, podían dar lugar á que se case la sentencia, dejando de apreciar determinadas circunstancias por vicio de redacción en las preguntas de donde habrían de derivarse, como probablemente hubiera ocurrido en el caso actual, según lo demuestran las indicaciones harto significativas de la sentencia que en 16 de Marzo último pronunció el Tribunal Supremo, á no ser inalterable la pena impuesta en mérito á la reincidencia del procesado.

Por ello se encargó al Fiscal que en adelante ejerza por sí y por

Digitized by Google

medio de sus Auxiliares la mayor vigilancia, á fin de que las preguntas que hayan de contestar los jurados no contengan los defectos que han merecido la censura del Tribunal Supremo, y que procure se sometan al Jurado los hechos íntegros, así principales como circunstanciales, con la claridad y separación debidas, deduciendo á su tiempo las oportunas reclamaciones, y si no fueran atendidas, las protestas que hayan de autorizar el recurso de casación por quebrantamiento de forma, que deberá interponer siempre que el defecto reclamado sea de los que dan lugar á dicho recurso con arreglo á la ley.

18 de Marzo de 1896.

***

Valencia.—Arts. 72 y 76 de la ley del Jurado.

Al Fiscal se le hicieron varias observaciones acerca de las preguntas del veredicto que pronunció el Jurado en causa seguida contra la mujer M..., por sustracción de un menor y asesinato.

Se le llamó la atención, en primer lugar, sobre la falta de numeración de las preguntas, circunstancia que impone la naturaleza del asunto, tanto para la forzosa referencia que en los considerandos se ha de hacer á las declaraciones del Jurado, como para las exigencias de la discusión ante el Tribunal Supremo, que sin aquel requisito puede resentirse de confusión y oscuridad.

Se le indicó que en algunos capítulos se contenían hechos distintos, que podían ser contestados unos afirmativa y otros negativamente, y que en previsión de esa contingencia dispone el art. 72 de la ley la conveniente división de las preguntas.

Que en la sexta del veredicto á que se alude se obliga á contestar á los jurados sobre si la procesada ejecutó los hechos sin peligro de la defensa que pudiera oponer la víctima, niño de cuatro á cinco meses, cuando, supuesta la edad del ofendido, no había necesidad de preguntar nada que tuviere relación con el concepto de la alevosía; pero de todos modos, en la citada pregunta no se expresa hecho alguno, y sí únicamente una apreciación ó juicio de la exclusiva competencia de la Sección de derecho; y

Que tampoco era oportuna la que dice: ¿obró (la procesada) por empobrecimiento de su constitución fisiológica y consiguiente debilidad de espíritu por causas no dependientes de vicios morales? La manera de desenvolver el pensamiento y las mismas palabras que se emplean, en consonancia con ciertas locuciones científicas, dan á la citada pregunta un carácter extraño y poco adecuado á la índole de las

Digitized by Google

funciones que los jurados están llamados á desempeñar y de las cuestiones que han de resolver.

Para evitar esos inconvenientes y defectos, se encargó al Fiscal que produjera en su caso las reclamaciones y protestas necesarias para entablar en su día recurso de casación por quebrantamiento de forma en casos iguales.

20 de Marzo de 1898.

***

Almería.—Arts. 72 y 76 de la ley del Jurado.

Las preguntas del veredicto que el Jurado dictó en causa seguida en la Audiencia contra R... por homicidio no estaban numeradas, y con ese motivo se hicieron al Fiscal observaciones semejantes á las que contiene la primera parte de las anteriormente extractadas.

Se le hizo notar además que en la primera pregunta del citado veredicto se incluían hechos que podían ser contestados de diverso modo. En ella se mencionaba una cuestión de palabras habida entre el procesado y el ofendido por determinada causa, que se expresa; se hablaba de que hubo pelea y pedradas, y se consignó, por último, lo relativo á la lesión que produjo la muerte, y se previno:

Que acerca de este particular, el Ministerio fiscal debe ejercer una vigilancia constante, pues además de que el art. 72 de la ley del Jurado prohibe que en una misma pregunta se acumulen hechos que puedan ser contestados unos afirmativa y otros negativamente, hay el peligro con esa acumulación de que si los jurados no estiman justificados algunos de esos hechos, contesten negativamente á todo, envolviendo en la negativa, por falta de oportuna división, aquellos extremos que consideren ciertos; y

Que en las preguntas penúltima y última se sometían á la apreciaciones de los jurados simples apreciaciones y juicios, pues que aquéllas se refieren á insultos, palabras groseras y ofensa próxima y grave consistente en las propias groseras palabras.

Realmente las dos preguntas versaban sobre el mismo hecho, y debió formularse una sola, expresando cuáles fueran las palabras y los insultos y omitiendo todo calificativo acerca de su gravedad, porque esta es la cuestión jurídica que á su tiempo habría de decidir la Sección de derecho; y es tanto más de lamentar, cuanto que esa improcedente división de las preguntas, así como la ausencia de hechos, que se sustituyeron con juicios y apreciaciones impropias de la función de los jurados, llevara á la Audiencia sentenciadora á admitir

Digitized by Google

dos circunstancias atenuantes que provienen, como ella misma reconoce, de un solo motivo, cuya importancia y transcendencia se ignoran.

Se recomendó también al Fiscal que utilice en lo sucesivo los recursos que la ley otorga para poner remedio á tales defectos.

29 de Marzo de 1893.

***

Oviedo.—Arts. 112, 114 y 119 de la ley del Jurado.

En causa por homicidio seguida en la Audiencia ante el Jurado, después de dictar éste el veredicto y de informar en derecho el Fiscal, pidió la defensa que se acordase la revisión del citado veredicto, por existir contradicción entre algunas de sus preguntas, á cuya pretensión accedió la Sala.

A la comunicación que con tal motivo elevó el Fiscal á esta Fiscalía, se le contestó que, en efecto, el art. 114 de la ley de 20 de Abril de 1888 prohibe que, una vez abierto el juicio de derecho, se utilicen los recursos de reforma ni de revista, y en tal sentido, la resolución protestada no se ajustaba al precepto legal; pero aun reconociéndolo así, no había términos hábiles de sostener recurso de casación por quebrantamiento de forma, toda vez que contra la decisión de la Sala disponiendo la devolución del veredicto al Jurado para su reforma no se da recurso alguno, ni el caso está comprendido en ninguno de los que enumera el art. 119 de la mencionada ley.

8 de Abril de 1893.

***

Valladolid.—Arts. 72 y 76 de la ley del Jurado.

Al Fiscal de la Audiencia se le llamó la atención sobre la redacción de las preguntas que contestó el Jurado en causa contra P... por robo con violencia en las personas de un guardabarrera de ferrocarril y de su hija, porque en la primera pregunta se contenían hechos numerosos y distintos referentes al robo, su cuantía, clases de monedas y objetos sustraídos, circunstancias de las personas y diferentes actos de violencia que en cada uno ejecutaron. Además de infringir esto el terminante precepto del art. 72 de la ley del Jurado, tal cúmulo de detalles dentro de una misma pregunta no responde á ningún objeto útil y encierra un verdadero peligro, pues fácilmente se comprende que si los jurados estimaron que la sustracción se había realizado,

Digitized by Google

pero sin concurrir violencia en la persona del padre ó en la de la hija» era imposible que dictasen un veredicto de inculpabilidad por huir de afirmar un hecho parcial, pero de relativa importancia, que no considerasen cierto.

Asimismo se le indicó que en las restantes preguntas se hablaba repetidamente del delito de robo y de delincuencia, á pesar de que el último párrafo del art. 76 de la repetida ley del Jurado manda que, al formular las preguntas, se cuide de omitir toda denominación jurídica.

Se encargó á dicho Fiscal que interponga su ministerio en la forma de derecho, siempre que las preguntas fueren defectuosas.

17 de Mayo de 1893.

Oviedo.—Arts. 72 y 76 de la ley del Jurado.

Al Fiscal de la Audiencia, en consonancia con lo manifestado á otros, se le recomendó que cuidase de que en las preguntas que se dirigieran al Jurado se cumpliera lo que dispone el art. 72 de la ley, acerca de que no se acumulen en cada una hechos que puedan ser contestados unos afirmativa y otros negativamente.

Que en la primera pregunta del veredicto pronunciado en causa seguida á N... por homicidio, se obliga á los jurados á contestar á conceptos técnicos ajenos á su competencia, como son los relativos á la presión de las esquirlas del hueso fracturado sobre la masa encefálica, lo cual pueden y deben decirlo los peritos á su tiempo para ilustrar la conciencia de los que han de juzgar; pero no debe preguntarse á los jurados, porque, como tales, la ley no les exige los conocimientos necesarios para hacer semejante declaración, ya que, propiamente hablando, no se trata de un hecho á los efectos de determinar las responsabilidades del proceso criminal, y no es tampoco un concepto moral, únicos puntos sobre que aquéllos están llamados á decidir.

Segunda pregunta. Decía así: «¿La lesión era mortal de necesidad?» Si, como es de creer, la tendencia de dicha pregunta era la de saber si la muerte se produjo directamente por la lesión ó si algún accidente extraño influyó más ó menos en el resultado del traumatismo, debió redactarse de otro modo, aparte de que ese concepto quedaba contestado en la pregunta anterior, al afirmar ésta que la herida ocasionó la muerte, y aparte también de que cualquiera que fuese la contestación que se diera á la segunda, no había de ejercer influen-

Digitized by Google

cia alguna en el fallo, como lo prueba el que, no obstante decir el Jurado que la herida no era mortal de necesidad, la Audiencia calificó con acierto el hecho de homicidio voluntario sin circuntancias de modificación.

Se le hizo el mismo encargo que se expresa en los casos anteriores.

24 de Mayo de 1893.

***

Coruña.—Art. 112 de la ley del Jurado.

El Fiscal consultó si era procedente y legal pedir la revisión de un veredicto, en que el Jurado declaraba la inculpabilidad de los procesados, con manifiesta injusticia, en su concepto, en orden al delito comolejo de robo con homicidio de que se les acusaba, y sólo se les declaró culpables de una simple sustracción de dinero constitutiva de hurto; porque entendía que la ley sólo autoriza la revisión cuando es manifiesta la culpabilidad del reo y se le declara inculpable ó viceversa, mas no cuando es culpable, y se afirma en el veredicto su culpabilidad, siquiera sea en esfera más limitada de la debida.

En las preguntas primera, segunda, tercera, décima, undécima y duodécima de ese veredicto se le decía al Jurado si M... y N... penetraron en el molino de R... en A... y dieron muerte al criado del molino T..., cuando éste se halla durmiendo, con el propósito de sustraerle, como le sustrajeron, la cantidad de 45 pesetas que llevaba en la parte interior del chaleco, y los jurados contestaron negativamente.

En la novena y décimaoctava se les preguntó, si cuando penetraron en el molino de M... y N... encontraron al T... herido, balbuceando palabras ininteligibles, en cuya situación le sustrajeron 45 pesetas, sin haber tomado la más mínima participación en las heridas que antes había recibido T..., y contestaron que sí.

Tomando estos hechos por punto de partida, se contestó al Fiscal que, de ser injustas aquellas contestaciones negativas, como dicho funcionario decía, fundado en la confesión de los procesados en el sumario y en el juicio, no existía obstáculo ninguno legal para que pidiera, y la Sección de derecho acordara, si entendía por unanimidad que había injusticia manifiesta, que se revisase la causa por nuevo Jurado.

El núm. 2.º del art. 112 de la ley de 20 de Abril de 1888 autoriza la revisión «cuando siendo manifiesta, por el resultado del juicio, sin que pueda ofrecer duda racional en contrario, la culpabilidad del procesado, el Jurado le hubiera declarado inculpable»; y esa culpabilidad

Digitized by Google

se sobreentiende que es en orden á cada uno de los hechos perseguidos como delito. Si con respecto á aquéllos se contesta negativamente, claro es que el veredicto, en lo que afecta al delito que en su caso constituiría, es de inculpabilidad, sin que altere este concepto la circunstancia de que á otros hechos, constitutivos de otro delito, se conteste en sentido afirmativo.

Prueba evidente de ello es que á los procesados M... y N... se les acusaba de la muerte voluntaria de T..., y que, por virtud de las contestaciones negativas del Jurado, no se les pidió ni se les impuso responsabilidad alguna por tal hecho; porque tanto el Fiscal como la Sección de derecho entendieron con acierto que el veredicto en cuanto á él era de inculpabilidad.

La interpretación del art. 112, antes citado, no debe ser otra. Siempre que haya declaraciones de culpabilidad ó inculpabilidad injustas por determinados hechos, queda expedito el derecho de revisión sobre ellos, ya se trate de un delito y de un hecho únicos, ya de varios hechos que los Magistrados puedan estimar elementos de uno ó de distintos delitos.

En la causa á que se alude se perseguían dos hechos diferentes: la muerte violenta de T... y la sustración de 45 pesetas; y por más que para los efectos de la pena hubieran de considerarse como uno solo, si se establecía entre ellos el necesario vínculo, como hechos, cada uno tiene su naturaleza propia y requiere un juicio y una decisión concreta é independiente de la de otros.

Limitándose la competencia del Jurado á declarar sobre la culpabilidad en determinados hechos, si niega la intervención punible de los procesados en alguno que sea constitutivo de delito, considerado aisladamente, declara en cuanto á él la inculpabilidad de dichos procesados; y si la negativa es injusta por pugnar de un modo manifiesto con el resultado de las pruebas, la revisión es procedente dentro del espíritu y la letra del art. 112 de la ley del Jurado; cuyo precepto sería contrario á toda equidad si de él se hubieran de excluir los hechos complejos que separadamente constituyen determinado delito, sea cualquiera la calificación jurídica que en definitiva se les haya de dar, una vez establecido el lazo que los une.

El veredicto, pues, fué de inculpabilidad por lo que respecta á la muerte violenta de T..., y en tal sentido se pudo y se debió pedir la revisión; por lo que se recomendó al Fiscal se sirviera tener presentes estas observaciones para los casos que puedan ocurrir en lo sucesivo.

7 de Junio de 1893.

***

Digitized by Google

Palma.– Arts. 112 y 115 de la ley del Jurado.

El Fiscal de la Audiencia, en comunicación de 11 de Junio último, manifestó á esta Fiscalía que las Secciones primera y segunda de aquella Audiencia se inspiraban en distinto criterio cuando declaraban injusto un veredicto y acordaban la revisión por nuevo Jurado; pues mientras la primera ordena en unos casos someter la causa al Jurado del cuatrimestre inmediato, y en otros señala día para la vista citando al mismo Jurado que actúa en el cuatrimestre corriente, la segunda señala día para el nuevo juicio y verifica el sorteo entre los de las listas de cabeza de familia y capacidades del Juzgado de origen, que es el sistema á que dió preferencia esta Fiscalía en su circular de 17 de Abril último.

Se contestó al Fiscal que es ciertamente de lamentar que en un mismo Tribunal haya esa disconformidad de opiniones y de prácticas; y por lo mismo se hacía preciso que continuase sosteniéndose la doctrina que en dicha circular se expone, y que procurase por cuantos medios estuvieran á su alcance que se llegase á la uniformidad de criterio entre ambas Secciones de la única manera que al Ministerio fiscal le es dado procurarlo, es decir, por medio de su acción insistente, y en todos los casos suficientemente razonada, á fin de que, expuestos un día y otro á la consideración del Tribunal los fundamentos en que el Fiscal apoya sus pretensiones, obtengan éstas éxito favorable.

Se le dijo también que en lo que debía mostrar especial empeño, es en que se excluyan siempre del nuevo Tribunal de hecho los jurados que hubieren tomado parte en el veredicto anulado, ya que están imposibilitados de intervenir por la naturaleza misma del caso, por la disposición del art. 115 y por la de los números 1.º y 5.º del 12 de la ley de 20 de Abril de 1888; y que, por lo tanto, debería el Fiscal ajustarse siempre á la citada circular de 17 de Abril y dar cuenta de los casos de esa índole que ocurrieran y resolución que se dictara.

19 de Junio de 1896.

***

Zaragoza.—Art. 584, núm. 3.º, del Código penal.

Consultó el Fiscal de la Audiencia de Zaragoza si el simple hecho de que un periódico publique como si fueran telegramas de la Corte noticias que no recibe por telégrafo, sino que son todas tomadas de otras publicaciones, constituye materia de responsabilidad criminal.

Se le contesta que la mera ficción ideada por el periodista con el

Digitized by Google

exclusivo objeto de dar mayor interés á lo que el periódico publica, no es determinante de delito ni de falta, salvo que por el contenido de la noticia en esa forma publicada pudiera estar comprendido el caso en el precepto del núm. 3.º del art. 584, ó en otra sanción más grave del Código penal.

19 de Noviembre de 1892.

***

Sevilla.—Arts. 58 y 65 de la ley adicional á la Orgánica.

He recibido la comunicación de V. S. de 10 de Noviembre próximo pasado en que evacua el informe que se le pidió con motivo de la consulta que dirigió á este Centro el Fiscal de la Audiencia de Huelva acerca de quién debe hacer los nombramientos de Delegados fiscales para intervenir en los negocios civiles de que conocen los Juzgados de primera instancia.

Los términos en que se hallan redactados los artículos 58 y 65 de la ley adicional á la orgánica del Poder judicial, se prestan á cierta duda que no es extraño haya originado distintas prácticas; y, á fin de que en esto, como en todo, el Ministerio fiscal tenga la apetecible unidad de criterio en bien de su propio prestigio, me ha parecido oportuno que V. S. sepa la opinión de esta Fiscalía en el asunto de que se trata.

El citado art. 58 de la ley Orgánica adicional dispone que desde la cesación de los Promotores, los Fiscales municipales letrados representarán al Ministerio fiscal en todos aquellos negocios en que debe ser oído, no obstante lo cual, los Fiscales de las Audiencias, sean ó no letrados los Fiscales municipales, podrán valerse de sus Auxiliares, ó nombrar Abogados que desempeñen las funciones del Ministerio fiscal en tales negocios, y examinar por sí los expedientes que se tramitan en los Juzgados de primera instancia.

De aquí se desprende que los Fiscales municipales letrados son llamados, como regla general, á esa representación; y dado que su nombramiento es de exclusiva incumbencia de los Fiscales territoriales, no cabe admitir que sea otro el nombre á los que, sin tener aquel carácter, hayan de representar al Ministerio fiscal en la primera instancia de los negocios civiles que requieran su intervención.

El sentido que encierra el antes mencionado art. 58, es por demás claro y evidente. El Fiscal á que el mismo alude puede no nombrar representante especial en determinado Juzgado, en cuyo caso corresponde esa representación al Fiscal municipal letrado, y puede tam-

Digitized by Google

bien nombrar para ese efecto á uno de sus Auxiliares, á un Abogado, ó reservarse examinar por sí los expedientes. Esta gradación sólo es aplicable al Fiscal territorial, en el cual reside exclusivamente la facultad de intervenir en asuntos civiles; y, en su virtud, á él compete la designación de los que hayan de ejercer funciones fiscales en los Juzgados. Si así no fuera, se trastornaría el orden jerárquico establecido por el legislador, y se privaría al Fiscal territorial de atribuciones que están en perfecta armonía con la índole de su cometido y con lo que exige la marcha regular de los servicios.

Es cierto que el art. 65 de la repetida ley adicional dice que cuando ésta habla de Audiencias se entienden indistintamente las territoriales y las de lo criminal (hoy provinciales), y cierto también que el art. 58 se vale de la locución *Fiscales de las Audiencias;* pero este texto legal no tiene en la ocasión presente el alcance que se ha querido suponer, ni puede servir de pretexto para introducir confusión en órdenes que están convenientemente deslindados y definidos, al objeto de dar á los Fiscales provinciales, siquiera sea de una manera indirecta, derechos que á nada útil conducirían, y que cercenarían en cambio los del superior en materia de su indiscutible competencia.

Recomiendo, pues, á V. S., que en lo sucesivo haga por sí mismo la designación de los Letrados que han de representar al Ministerio fiscal en los asuntos civiles de su intervención que se tramiten ante los Juzgados de primera instancia de todo el territorio de esa Audiencia, sin abdicar de dicha facultad en los Fiscales de las Audiencias provinciales, á quienes en ningún caso compete usarla, ni por disposición expresa de la ley, ni por la naturaleza de sus funciones.

Dios guarde á V. S. muchos años.

19 de Diciembre de 1892.

***

Barcelona.—Consejo de familia.

El art. 12 del Código civil, de conformidad con el 5.º de la ley que estableció las bases para su redacción, ordenó que las provincias y territorios de derecho foral lo conserven en toda su integridad, sin que sufra alteración su régimen jurídico, escrito ó consuetudinario, por la publicación de aquél, que rige tan sólo como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada uno por sus leyes especiales.

Este precepto llevó á la legislación de Cataluña un elemento de que antes carecía: llevó el derecho civil general, el castellano, á ocupar un lugar, siquiera el último, en el orden de prelación de sus Códigos. Como derecho supletorio, en defecto del escrito y consuetudina-

Digitized by Google

rio, á falta del establecido en las leyes especiales y del consagrado por la costumbre jurídica, rige, por tanto, en Cataluña el Código civil.

Sobre esto no se ofrece dificultad. Esta surge, no enfrente de la legislación especial, sino en relación con la que, siendo general del Reino, por ser posterior al Real decreto llamado de Nueva planta, constituye derecho de aquellas provincias forales, á la vez que de las de derecho común.

Derogadas éstas, total ó parcialmente, ó no más que modificadas, sustituyen los nuevos preceptos á los anteriores, y si la materia y las determinaciones jurídicas sobre ella formaban parte del derecho de las provincias de fuero por virtud de ley general, es lógico entender que con igual eficacia deben estimarse las que á la misma materia y á tales determinaciones se refieran y afecten. Los ejemplos pueden tomarse fácilmente ó suponerse con fijar la atención en las leyes de Aguas, de Minas, la Hipotecaria y otras que rigen sin excepción en todo el territorio nacional.

La de Enjuiciamiento civil le ofrece en el caso que motiva la consulta de V. S. Es ley con valer y eficacia en Cataluña, á pesar de comprender preceptos de carácter sustantivo, entre otras materias, en la de tutela, que es objeto de aquélla. Su título 3.° del libro tercero, que trata del nombramiento de tutores y de curadores, ha sido derogado en gran parte por el título 9.° del libro primero del Código civil, que incluyó la curatela en la tutela, é instituyó para la vigilancia del que ejerza ésta el protutor y el consejo de familia, transfiriendo al último para la dativa atribuciones antes propias del Juez. El régimen de esta institución familiar obedece en Cataluña, más que á su derecho particular, al establecido en la ley general en la de Enjuiciamiento civil; y si ésta ha sido observada sin agravio de aquél, las derogaciones que sufrió por el Código civil deben ser eficaces, porque no afectan á la integridad del derecho foral, y porque, según el texto mismo al principio recordado, constituye derecho supletorio en defecto del que rige por sus leyes especiales.

La prohibición de alterar el régimen jurídico de Cataluña impone el respeto de la integridad de su legislación particular, no la subsistencia de lo establecido por leyes generales, allí como en el resto de la Nación obligatorias. El silencio, las deficiencias de la ley escrita ó de la costumbre forales, le suple el Código civil. Lo que no vive por aquéllas, lo que nació de la ley común, á ésta toca regularlo con eficacia general.

En este caso y situación se halla lo relativo á la tutela, y mientras la autoridad del Tribunal Supremo no establezca jurisprudencia sobre el particular, mi obligación de mantener la unidad del Ministerio fis-

Digitized by Google

cal me lleva á encargar á V. S. que sostenga y haga que sus subordinados sostengan los principios que quedan expuestos, para que cese la diversidad de criterio con que ha sido apreciada esta importante materia, según advierto por la comunicación de V. S. á que contesto.

28 de Abril de 1893.

***

Habana.—Arts. 433, 434, 706 y 716 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

El Fiscal de la Habana participó que, vista la tendencia de algunos testigos de los que son llamados á declarar en los juicios orales de excusarse de prestar juramento, bajo el pretexto de no profesar religión alguna, había dado instrucciones al Teniente y Abogados fiscales para que, llegado el caso, pidan á la Sala se hagan á los testigos que se nieguen á jurar por Dios las instrucciones y requerimientos oportunos, á fin de que se cumplan las prescripciones de los artículos 433, 434, 706 y 716 de la ley de Enjuiciamiento criminal, que son de ineludible observancia, como lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 17 de Abril de 1890 y 31 de Octubre de 1891; que si insistieran en la negativa, promuevan la formación de causa por desobediencia; y que si, lo que no es de esperar, la reclamación fiscal no fuera atendida, formulen la correspondiente protesta para interponer en su día recurso de casación por quebrantamiento de forma.

Se contestó aprobando la interpretación que el mencionado Fiscal da á las disposiciones legales que cita y á la doctrina de este Tribunal Supremo sobre el juramento indispensable de los testigos que comparecen en juicio y responsabilidades sucesivas á que están sujetos los que se negaren á la observancia de la ley, bajo pretextos que ésta no admite como excusas.

19 de Julio de 1893.

***

Habana.—Arts. 54, núm. 3.º, y 758 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

Un particular procesado dirigió instancia á esta Fiscalía denunciando á los Magistrados de una Audiencia provincial, por suponer que cometieron el delito de prevaricación al acordar la prisión provisional del recurrente y que se le citara por requisitorias en atención á no habérsele hallado en su domicilio é ignorarse su paradero al ir

Digitized by Google

el actuario á citarle para el juicio oral, existiendo el precedente de que dicho individuo se había fugado antes del hospital en que, por enfermo, se hallaba detenido. Fundado en esta denuncia, el procesado recusó á los Magistrados que conocían de la causa; y pedido informe al Fiscal de la Audiencia, esta Fiscalía acordó desestimar la instancia, por cuanto la resolución que el referido procesado calificaba de injusta, tenía por objeto remover los obstáculos injustificados que se venían oponiendo á la terminación del proceso, y aparecía ajustada á lo que prescribe el art. 835, núm. 1.º, y demás aplicables de la ley de Enjuiciamiento criminal.

Al propio tiempo se encargaba al Fiscal de la Audiencia que, con respecto á la recusación de los Magistrados intentada por el autor de la denuncia, tuviera presentes las siguientes indicaciones:

1.ª Que los particulares que, en virtud del derecho que la Constitución otorga á todos los ciudadanos, quieran exigir responsabilidad á los Jueces y Magistrados por actos realizados en el ejercicio de sus cargos, sólo podrán verificarlo promoviendo antejuicio por medio de querella, con arreglo al art. 258 de la ley orgánica del Poder judicial, y en la forma que se determina en el título 2.º, libro cuarto, de la citada ley de Enjuiciamiento.

2.ª Que á tenor de lo que dispone el art. 758 de la propia ley, cuando el delito que se intente perseguir sea el de prevaricación, no podrá promoverse el antejuicio hasta que se halle terminado el pleito ó causa que diere lugar al procedimiento; siendo de advertir que, aun cuando el artículo aludido habla de sentencias injustas solamente, bajo esa denominación se comprenden los autos y providencias, como se desprende del contexto del art. 765 y tiene repetidamente declarado la Sala tercera de este Tribunal Supremo; y

3.ª Que para que la denuncia sea causa legítima de recusación, es preciso que aquélla reuna los requisitos, y surta los efectos necesarios para proceder, en su virtud, á la averiguación de los hechos que comprende, como á su vez ha declarado la Sala segunda del mismo Supremo Tribunal en sentencia de 12 de Abril de 1886, *Gaceta* de 19 de Agosto, página 116.

28 de Julio de 1893.

Digitized by Google

CIRCULARES

Indicaciones del Gobierno de S. M., informes y noticias divulgadas por la prensa, solicitan con el mayor apremio mi atención sobre la administración de justicia en las provincias de Ultramar, y con preferencia recomendada por la autoridad y el prestigio de la madre patria, sobre hechos sensiblemente repetidos que, con perjuicio visible y doloroso del Erario de la isla de Cuba, denuncian á funcionarios públicos á quienes acecha y fácilmente vence el cohecho, subyuga la negligencia y el abandono, llevando en sí descubierta ó latente prevaricación, y arrastra la codicia por el lodo de la inmoralidad.

Deplorar estos males es justo y piadoso, y sentimiento que abrigan los pechos honrados; desarraigarlos para restaurar, en la posible pureza, la moral ultrajada de la tierra en que aquellos venenos fructifican, al calor de la distancia de la Metrópoli; propósito resuelto del Gobierno nacional, que ha de realizar con insuperable energía y sin más consideración que la sagrada del interés público el Sr. Ministro de Ultramar; descubrirles hasta en sus entrañas, para que su aspecto repugnante produzca en las conciencias rectas invencible odio al delito, y castigarles, sin acepción de personas, con la severidad que los fueros de la justicia demandan, es misión que toca al Ministerio fiscal y á los Tribunales.

Estos cumplirán su deber; el nuestro, no menos estrecho, es más activo. Pide constante vigilancia; diligencia de todos los días y de todos los momentos, serenidad de juicio, austeridad de proceder, si no hemos de defraudar la esperanza con que el Estado sostiene nuestro instituto y caer en la bochornosa complicidad del descuido y de la indolencia ante concusiones escandalosas de funcionarios infieles y traidores á su investidura.

La lealtad y el patriotismo obligan á los Fiscales, con la ley, cuya defensa les incumbe, á aprovechar, en exclusivo servicio de sus mandatos, la acción que en su mano está puesta. No han de limitarse á emitir con la frialdad del desinterés un dictamen justo en los procesos que se les comuniquen; han de inquirir, averiguar y comprobar por sí mismos, como en ocasiones han hecho, por los variados medios de que la ley les dota, no para decorar su vestidura, sino para hacerla eficaz, cuantos actos se realicen en menoscabo del Erario en todos los ramos del servicio público, y singularmente en aquellos que la opinión ha señalado como campo de la codicia y de las maniobras de una vergonzosa inmoralidad.

Digitized by Google

Han de requerir, seguros de obtenerle, el concurso de las Autoridades gubernativas y de la policía judicial, y gestionar cerca de los Tribunales á fin de que su acción vaya recta al esclarecimiento de todo delito y á la persecución de todo culpable. Y han de mantener frecuente comunicación con esta Fiscalía para recibir las instrucciones que cada caso exija para fortificación de sus energías y facilidad del desempeño de su importantísimo encargo.

Con este objeto y para ejercer por mi parte la inspección que me toca, he acordado las disposiciones siguientes:

1.ª El día 1.º de Marzo formará y me remitirá V. S. una relación detallada de las causas incoadas y pendientes en el territorio de esa Audiencia, por delitos de malversación de caudales, defraudación de la renta de Aduanas y cuantos otros afectan á los fondos públicos, sea la que fuere su denominación; expresando la fecha de incoación, procesados, si los hubiere, cuantía del perjuicio, estado actual del procedimiento, fecha de la última diligencia, forma en que ejerza V. S. la inspección, si se encontrare en sumario, y calificación fiscal, si se hubiere llegado á formular.

2.ª Tan pronto como tenga V. S. noticia de un hecho de la clase de los expresados, formulará la correspondiente querella y se constituirá inmediatamente al lado del Juez instructor ó dispondrá que se constituya uno de sus Auxiliares para cooperar de un modo eficaz á la acción de la justicia y aportar al sumario cuantos datos contribuyan al esclarecimiento de la verdad, valiéndose al efecto de los funcionarios de la policía judicial que más confianza le merezcan por su discreción y su celo, y prestando oído atento á la opinión en lo que tengan de justo sus indicaciones.

3.ª En el acto que V. S. tenga conocimiento de un delito de los mencionados, y á la vez que promueva la incoación del sumario, me lo comunicará por sucinto telegrama, si su importancia, atendida la cuantía, la condición de las personas ú otras circunstancias, lo aconsejaren, y siempre por medio de comunicación suficientemente expresiva en que puntualice el hecho con sus accidentes de lugar y tiempo, presunto ó presuntos delincuentes, noticias adquiridas, diligencias que haya pedido y las que se proponga pedir, con el fin de comunicarle las instrucciones que en cada caso considere necesarias.

4.ª Lo mismo en los procesos ya incoados que en los que en lo sucesivo se incoen, y además de las partes á que se refiere la prevención anterior, los dará V. S. cada mes de adelantos, hasta la completa terminación del negocio, cuidando de que contengan los antecedentes que se requieren para formar juicio de su marcha y vicisitudes.

Espero que V. S., penetrado de que no se trata de un vano y esté-

Digitized by Google

ril formulismo, sino de un servicio de la mayor transcendencia y utilidad, se apresurará á desempeñarlo con el más exquisito celo, en la inteligencia de que esta Fiscalía considerará como mérito especial la estricta observancia de las reglas de conducta que esta comunicación señala, en su letra y espíritu. No faltará á V. S. mi decidido apoyo en cuanto sea necesario para el objeto que motiva esta circular, aunque también me propongo ser tan severo como la ley me permita, si, contra lo que debo creer, alguno respondiera á este llamamiento con indiferencia ó con tibieza.

Dios guarde á V. S. muchos años. Madrid 4 de Febrero de 1893.—Martínez del Campo.—A los Fiscales de Ultramar.

*
* *

La ley provisional para la aplicación del Código penal en esas islas, señala en su regla 51 la forma á que ha de acomodarse la redacción de las sentencias en las causas criminales. A pesar de lo terminante del precepto, no pocos fallos de primera y segunda instancia adolecen de confusiones que dificultan la seguridad sobre los hechos, que es base indispensable del recurso de casación.

Suelen las sentencias emular voluminosos apuntamientos del curso del proceso y del detalle externo de las diligencias practicadas, y no siempre aparecen con la claridad debida los hechos interesantes y el juicio sobre su certeza, que incumbe á Jueces y Tribunales. Esto debe procurar la resolución judicial que pone término á un juicio, la consignación después del de las pruebas, y según el mérito de éstas, de los hechos que se estimen probados y de todas sus circunstancias materiales é intencionales, para sobre ellos, sobre este resultado del criterio judicial, fundar su apreciación jurídica justificante del fallo. En todos los casos en que se desatienda, la ley pone á disposición de V. S. instrumento de remedio adecuado en el recurso de casación por quebrantamiento de forma, y sólo interponiéndole excusará la responsabilidad que he de exigir á quienes consientan sin reclamación sentencias que no se acomoden á las prescripciones legales en su forma y en su contenido.

Para este propósito, encarezco á V. S. la necesidad de que sus Auxiliares le den cuenta de todas las sentencias y autos definitivos que se dicten por esa Audiencia, para acordar el uso de los recursos procedentes; de que advierta á los mismos y á los Promotores fiscales del territorio la obligación en que los Jueces se hallan de observar

Digitized by Google

las leyes relativas á la forma en las sentencias y la de que V. S. mismo gestione lo conveniente cerca del Presidente de ese Tribunal para que los testimonios y certificaciones se escriban en letra clara y se evite siempre que la copia sea tan poco cuidada que ocasione obscuridad de conceptos, que debe prevenir un esmerado cotejo con los originales.

Dios guarde á V. S. muchos años. Madrid 5 de Febrero de 1893.—Martínez del Campo.—A los Fiscales de Manila y Cebú.

***

El art. 142 de la ley de Enjuiciamiento criminal vigente en esas provincias señala la forma á que ha de acomodarse la redacción de las sentencias en las causas criminales. Muchas de ellas, sin embargo, adolecen de confusión que dificulta la seguridad sobre los hechos, que es base indispensable del recurso de casación.

No pocas veces las sentencias emulan voluminosos é indigestos apuntamientos que, sin más orden que el cronológico, señalan en lo externo las diligencias practicadas, y no siempre aparecen con la claridad los hechos interesantes ó de cualquiera manera influyentes en la resolución, y el juicio sobre su certeza, que incumbe á los Tribunales.

La resolución judicial que pone término á un juicio, debe consignar, después del de las pruebas estimadas conformes á la ley en la conciencia del juzgador, los hechos que estime probados y sus circunstancias materiales é intencionales, para sobre ellos, sobre este resultado del criterio judicial, fundar su apreciación jurídica justificante del fallo.

En todos los casos en que se desatienda la ley, pone á disposición de V. S. instrumento de remedio adecuado en el recurso de casación por quebrantamiento de forma, y sólo interponiéndole excusará la responsabilidad que he de exigir á quienes consientan sin reclamación sentencias que no se acomoden á las prescripciones legales en su forma y en su contenido.

Para este propósito, encarezco á V. S. la necesidad de que sus Auxiliares le den cuenta de todas las sentencias y autos definitivos que se dicten por esa Audiencia para acordar el uso de los recursos procedentes, y la de que V. S. mismo gestione lo conveniente cerca del Presidente de ese Tribunal para que los testimonios y certificaciones se escriban en letra clara y se evite siempre que la copia sea

Digitized by Google

tan poco cuidada que ocasione obscuridad de conceptos, que debe prevenir un esmerado cotejo con los originales.

Dios guarde á V. S. muchos años. Madrid 6 de Febrero de 1893.—Martínez del Campo.—A los Fiscales de las Audiencias de Cuba y Puerto Rico.

*
* *

La inspección que corresponde á esta Fiscalía sobre los servicios judiciales, para ejercer atribuciones que la ley pone á su cargo, ha motivado distintas circulares, por cuyo medio mis dignos predecesores han contribuído á la eficacia de la acción fiscal, en materia penal. Todas ellas, inspiradas en idéntico deseo, se han encaminado á obtener conocimiento de los delitos más graves por si requiriera instrucciones especiales la actitud del Fiscal en cada causa.

Como era de temer, las formadas en el Archipiélago filipino son numerosas, y la distancia impide frecuentemente que las instrucciones lleguen con oportunidad. Para evitar trabajo inútil y hacer, sin embargo, fructuosa la inspección de nuestro ministerio, estimo conveniente, aprovechando la nueva organización dada en esas islas á los Tribunales, dictar las disposiciones siguientes:

1.ª Los Promotores fiscales darán noticia al Fiscal de la respectiva Audiencia de todas las causas que se incoen en su Juzgado por delito público, y de todos los asuntos de carácter civil en que intervengan.

2.ª Los Fiscales de las Audiencias de lo criminal pondrán en conocimiento del de la territorial las causas de que la circular de este Centro de 31 de Diciembre de 1882 encargó se le diera noticia.

3.ª Los Fiscales de las tres Audiencias lo harán á esta Fiscalía de mi cargo de todos los hechos constitutivos de delitos que afecten á la seguridad ó integridad del Estado, al ejercicio de los cultos ó de manera considerable al orden público, ó que sean imputados á funcionarios públicos, y de cuantos por su índole especial ó por sus circunstancias estimen de carácter notoriamente grave.

4.ª Los Fiscales de las Audiencias de lo criminal y el de la territorial darán á sus subordinados las instrucciones generales que consideren convenientes para el mejor ejercicio de su ministerio, y las especiales que aconseje cada uno de los asuntos en que intervengan; comunicándome las primeras y de las segundas las que se refieren á procesos comprendidos en la regla anterior.

5.ª El Fiscal de la Audiencia de Manila vigilará especialmente so-

Digitized by Google

bre el proceder y la conducta de todos los funcionarios del Ministerio fiscal en su territorio, sin perjuicio de la inspección que incumbe también á los Fiscales de las Audiencias de lo criminal, y cada seis meses, á contar desde el semestre que empezará en Julio próximo, uno y otros remitirán á esta Fiscalía lista calificada de todos ellos en comunicación reservada.

6.ª Los tres Fiscales vigilarán también la conducta de los Auxiliares de los Tribunales y Juzgados, y promoverán los expedientes que á ella correspondan, dando también, en su caso, cuenta á esta Fiscalía.

7.ª Los mismos Fiscales se servirán darme la del estado de la Administración de justicia en sus respectivos distritos en Memoria anual antes del mes de Junio, y en todo caso dirán á esta Fiscalía cuanto en el orden gubernativo de los Tribunales y judicial sea en su juicio merecedor de especial noticia.

Dios guarde á V. S. muchos años. Madrid 12 de Junio de 1893.—Martínez del Campo.—A los Fiscales de las Audiencias de Filipinas.

Digitized by Google

EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO

en materia de propiedad intelectual en las naciones de lengua española y portuguesa *

(Traducción del francés para la REVISTA, por D. Ernesto Eisenmann, ex Juez asesor en los Reales Tribunales de Berlín, Miembro honorario del Colegio Nacional de Abogados de Méjico, Abogado de París.)

I

Existe en nuestra época una tendencia indudable hacia un reconocimiento cada vez más completo de los derechos de los autores y artistas, de cuyo desarrollo han informado las memorias presentadas á los Congresos anuales de la Asociación internacional literaria y artística, reservándose á nosotros la tarea, que gustosamente aceptamos, de registrar la parte que en dichos progresos han tomado los pueblos de idiomas español ó portugués.

Merece los principales honores España, por haber en su ley de 10 de Enero de 1879 (1) hecho efectivos en principio todos

---

* Este informe, de los Sres. Darras y Eisenmann, se ha presentado y discutido en el Congreso de propiedad literaria y artística internacional celebrado en el mes de Septiembre en Barcelona.

(1) Nos han servido de base para este trabajo la colección de leyes sobre la propiedad literaria y artística de Carlos Lyon-Caen y G. Delalain (París, 1889), donde facilmente se encontrarán las leyes y decretos cuyas fechas indicamos. Nos extenderemos, pues, solamente acerca de aquellas disposiciones que, ya sea por olvido, ya por tener fecha posterior, no se hallen en dicha obra.

Digitized by Google

los deseos que prudentemente podían abrigar autores y artistas: tantas veces han resonado en los Congresos mencionados las alabanzas á aquella ley, que es ocioso repetirlas aquí. Además, preciso será volver á notarlas por el hecho de que varias Repúblicas de idioma español se han inspirado en la misma para formar las suyas del ramo, reflejando de esta suerte la influencia poderosa que ella ejerce y que en lo sucesivo parece destinada á ejercer.

Así Colombia, en su ley de 26 de Octubre de 1886 (1), ha copiado con pocas modificaciones la ley española. Pero es menester acordarse de que ciertas legislaciones americanas se han mostrado todavía más liberales, consagrando tres de ellas expresamente la perpetuidad de la propiedad intelectual: México (con ciertas restricciones, por su Código de 1871, y hoy por el de 1884, arts. 1130 á 1271) (2), Guatemala (ley-decreto

---

(1) Véase también con referencia á dicha legislación el art. 671 de su Código civil, los 858 á 860 del penal de 1890 y la ley, núm. 153, de 1887. Colombia ha celebrado, en 28 de Noviembre de 1885, un Tratado de reciprocidad con España, que exime á los interesados de otras formalidades que las que deban atender en el país de su origen, y equipara el derecho de traducción al de reproducción.

(2) Cuando en la obra mencionada en la nota primera se cita el Código civil mexicano de 1871, se hace por error. Si bien en los 142 artículos (1130 á 1271) del de 1884 se reproducen sin grandes alteraciones la mayoría de los 143 del antiguo Código (1245 á 1387), las dos leyes discrepan en varios puntos, de que vamos á citar los principales. No hablaremos, pues, de la derogación de las disposiciones únicamente transitorias (antiguos artículos 1377 y 1378) ni de que en el Registro de la propiedad musical últimamente se han de depositar dos ejemplares en lugar de uno (artículos reformados 1236 y 1239, antiguos 1351 y 1354). Compárese también el nuevo art. 1248 con el antiguo 1364, acerca de los avisos que se hayan de poner en la portada de las obras literarias y en lugar visible de las artísticas. Mas importa hacer constar que ha desaparecido en el Código reformado el antiguo art. 1359, por el que se castigaba con multa la omisión del depósito de una obra; y sobre todo que los artículos reformados 1260 y 1262 confieren al autor, editor ó traductor la facultad de limitar la duración de la propiedad de sus obras, etc., etc. No creemos inútil recordar que ambos Códigos no tienen fuerza de ley, sino en el distrito fede-

Digitized by Google

de 29 de Octubre de 1879) y Venezuela (ley de 12 de Mayo de 1887 y art. 450 del Código civil de 1880 (1).

Es quizá conveniente comprender en la misma categoría á aquellos países que, sin tener ley especial que rija esta materia, se han limitado á establecer, ya sea en su Constitución respectiva, ya en sus Códigos civil ó penal, el principio de que se han de respetar los derechos de los autores y artistas; pues faltando toda limitación especial, es difícil suponer que no sean perpetuos dichos derechos. Véanse sobre el particular el art. 17 de la Constitución de la República Argentina, así como los artículos 221 y siguientes del proyecto de Código penal de la misma, que fué elaborado en virtud del decreto de 7 de Junio de 1890; los artículos 663 de los Códigos civiles de 1880 de Honduras y del Salvador (2), y el art. 443 del Código civil

---

ral y en el territorio de la Baja California, siendo las disposiciones mencionadas, relativas á los derechos de los autores y artistas, obligatorias para toda la República, por llevar á efecto el Reglamento prevenido por el art. 4.° de la Constitución de 12 de Febrero de 1857 (véase art. 1387 antiguo y 1271 nuevo). El art. 1263 (1348 que fué) amenaza al que contrahace con las penalidades de fraude establecidas por el Código penal de 7 de Diciembre de 1871, en cuyo art. 432, cualquier fraude que no sea castigado expresamente con otra penalidad más grave, se castiga con una multa equivalente al 25 por 100 de los daños y perjuicios causados, sin que la multa pueda exceder de mil pesos. México no ha concluido, que sepamos, tratado alguno con otra nación, con excepción del de 17 de Noviembre de 1886 con Francia, cuya única cláusula acerca de la materia que tratamos es la de la nación más favorecida.

(1) Venezuela celebró un tratado de reciprocidad con el Salvador; pero no nos consta que se hayan verificado las ratificaciones necesarias. Véase *Droit d'auteur*, 1896, pág. 440.

(2) Este Estado, que no tardará quizá en formar parte de la Unión de Berna, ha celebrado, además del mencionado Tratado de reciprocidad con Venezuela, otros con Francia (2 de Junio de 1880) y España (29 de Junio de 1884): en cada uno de ellos los derechos garantizados á los autores y artistas se les reconocen hasta 50 años después de su muerte, lo que puede dar lugar á la interpretación de que no es perpetua la propiedad intelectual en el Salvador, pues de otra manera se hubiera debido convenir en el Tratado con España el plazo de 80 años.

Digitized by Google

uruguayo de 1868 (1). No obstante, se ha de observar que de estas leyes unas dicen que la propiedad literaria y artística será regida por leyes especiales, y otras que la misma existirá en los plazos que la ley fije: vistas estas disposiciones puede parecer contrario á la intención del legislador tratar esa propiedad tal como la de derecho común y considerarla perpetua.

Sea de esto lo que quiera, á cualquiera de los dos modos de ver esta cuestión se ha de conformar lo relativo á la legislación de Costa Rica. Este país ha sido, hasta ahora (2), considerado á la par de Nicaragua, á saber: como que no posee disposiciones legales acerca de la propiedad intelectual; empero no es esto cierto, pues por el art. 496 del Código penal costarricense, basado en este punto en el de Chile, que á su vez es copia del de España, se castiga con presidio interior, arresto ó multa de 101 á 600 pesos toda infracción cometida en materia de propiedad literaria, sin expresar limitación alguna con referencia á la duración de esta última.

En el mismo caso se halla el Paraguay, en el que el art. 19 de la Constitución de 24 de Noviembre de 1870 declara que cualquier autor tiene la exclusiva propiedad de su obra por el plazo que la ley fije, mientras que el Código penal de 21 de Julio de 1880, tratando de esta materia, nada indica acerca del plazo de protección de aquella propiedad. He aquí esta disposición, que por ser poco conocido dicho Código, nos parece

---

(1) Uruguay acaba de ratificar por una ley de 5 de Octubre de 1892 el Tratado de Montevideo, del que mas adelante hablaremos.

(2) Algunas equivocaciones de la obra francesa de que se habló en la nota primera y que por su carácter semi-oficial sirve de base á todos los que tratan de la materia de la propiedad intelectual, se han deslizado hasta en el examen minucioso que ha hecho de este tema la ilustrada Memoria de D. Francisco Silvela, presentada al Congreso Jurídico ibero-americano de Madrid (1892), de la que en seguida volveremos á hablar, y cuyas conclusiones hubiéramos preferido á las que adoptó dicho Congreso respecto á la propiedad literaria y artística. Las relativas á la propiedad industrial nos proponemos discutirlas en otra oportunidad.

Digitized by Google

útil reproducir: «En virtud del art. 342, será castigado con multa de 25 á 250 pesos fuertes el que sin consentimiento del autor publique una obra literaria, si todavía no ha emitido ejemplar alguno; en caso contrario se doblará la multa, sin perjuicio de confiscarse la edición; y sufrirán las mismas penalidades los que sin el consentimiento del autor respectivo representen ó hagan representar una obra dramática ó publiquen los inventos de otros en ciencias ó artes.» Dichas penas tienen su complemento por lo dispuesto en el art. 68 del mismo Código, declarándose civilmente responsable cualquiera persona que lo es en lo criminal de un delito.

En el Brasil, aunque también carece de una ley especial y que el Código penal de 1890 (1) (artículos 342-351), es igualmente el que en primer término se ha de consultar acerca de esta materia, la duración de los derechos intelectuales queda acertadamente definida: éstos subsisten durante diez años después del fallecimiento del autor. No falta liberalidad en dicha legislación al conceder igual derecho á la traducción que á la reproducción, prohibiendo las adaptaciones y estableciendo en sentido lato y extensivo la inteligencia de lo que debe considerarse como contrahecho. En nuestro concepto, dados los términos generales que emplean los artículos mencionados del Código penal, favorecen no menos á los autores extranjeros que á los nacionales, cuya opinión, no obstante, no goza de aceptación general, porque hay quienes encuentran materia para un argumento en contrario en el art. 72 de la Constitución brasileña de 24 de Febrero de 1891, cuyo principio dice: «que la Constitución garantiza á los brasileños y á los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de los derechos que siguen», enumerando entonces el 526 del mismo artículo expresamente, entre aquellos derechos, «el exclusivo de reproducir las obras literarias ó artísticas». No nos parece posible deducir de dicha disposición constitucional la consecuen-

(1) Véase el *Annuaire de la propriété industrielle*, 1896, pág. 187.

Digitized by Google

cia de que haya derecho alguno para los autores extranjeros y que no residan en el país; por supuesto reconocemos que se establece cierta diferencia entre los mencionados autores y los del país ó nacionales, pero únicamente consiste en que—es obvio, y hasta ocioso quizá expresarlo—los derechos de los nacionales estarán más seguramente fundados que los de los demás, por ser más complicado el cambio de una disposición consagrada en la misma Constitución (véase el art. 90 de esta última), que el de una ley ordinaria, en la que únicamente se apoyan los derechos de los extranjeros, quedando sujetos á reformas en cualquiera sesión de las Cámaras. No se puede admitir que, por haberse promulgado con posterioridad la Constitución de 1891, se haya limitado por este solo hecho la disposición clara y extensiva, á la vez que general, del Código penal de 1890. Si tal fuere el caso, ¿no sería menester admitir también lo que nadie querrá establecer, ó sea que no hablando la Constitución sino del derecho de *reproducción*, hayan sido tácitamente por este solo hecho derogados los artículos del Código penal que se refieren á la *representación* de una obra? (1).

El Brasil ha firmado, con fecha 9 de Septiembre de 1889, un Tratado de reciprocidad con Portugal, y otro con Francia en 31 de Enero de 1891. Ha entrado en vigor el primero, quedando la revisión del último aplazada *sine die* por la Cámara de Diputados, después de haber sido objeto de viva crítica por la opinión pública.

Los demás Estados de que no hemos hablado tienen legislaciones especiales del ramo, cuyas traducciones se encuentran en la colección de Ch. Lyon-Caen y Delalain; basta, pues, recordar las fechas de las leyes vigentes, que son: en Bolivia, el decreto de 13 de Agosto de 1879 (2); en Chile, la ley de 27

(1) Véase Darras, «Del estado actual de la propiedad literaria de los extranjeros en Francia y de los franceses en el extranjero», en el *Journal de Droit international privé*, 1888, números 98 y siguientes.

(2) Bolivia ha celebrado un Tratado de reciprocidad con Francia, con fecha de 8 de Septiembre de 1887 (*Journal de Droit international privé*, 1890, pá-

Digitized by Google

de Julio de 1834, el art. 471 del Código penal y el 584 del civil de 1855; en Ecuador, la ley de 3 de Agosto de 1887 y el artículo 27 de la Constitución de 13 de Febrero de 1884; en Perú, la ley de 3 de Noviembre de 1849 y el art. 26 de la Constitución de 1860; en Portugal, los artículos 570-612 del Código civil de 1867, y los artículos 457, 458 y 460 del penal de 1886 (1).

II

Trazado, en cuanto nos ha sido posible, el cuadro de la legislación de todos los pueblos de idiomas español ó portugués, no deja de ser satisfactorio el resultado de dicha ojeada, aunque nos parece que los interesados no han obtenido siempre todas las ventajas posibles de esa situación.

Ahora bien: hay todavía que esperar que en lo sucesivo y pronto se mejorará aún notablemente dicha situación; lo demuestra, en nuestro concepto, el espíritu de que se hallaban animados los individuos de los Congresos, ó sea Conferencias de Guatemala (en 1887); Lisboa (de 22 de Abril á 1.º de Mayo de 1888); Montevideo (25 de Agosto de 1888 á 18 de Febrero de 1889) y Madrid (24 de Octubre á 16 de Noviembre de 1892).

El Congreso de Guatemala, constituído por delegados de los cinco Estados que forman la América Central (Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y San Salvador), elaboró un Tratado de paz, amistad y comercio, cuyo art. 20 dice: «Los ciudadanos de cualquiera de las Repúblicas que firman, goza-

---

gina 992); los autores franceses son protegidos por él en lo relativo al derecho de traducción, como los nacionales, y (lo que no existe para los demás autores extranjeros) no solamente durante diez años, desde la primera publicación de su obra, sino durante su vida y 50 años más. Véase Darras en su trabajo mencionado en la nota anterior, núm. 97.

(1) Celebró Portugal convenciones con Bélgica (11 de Octubre de 1866), Brasil (9 de Septiembre de 1889), España (9 de Agosto de 1880) y Francia (11 de Julio de 1866).

Digitized by Google

rán en las demás del derecho de propiedad literaria, industrial ó artística en las mismas condiciones, y quedarán sujetos á las mismas obligaciones como los nacionales.» Se han opuesto á la ratificación de este Tratado de 17 de Febrero de 1887 las circunstancias políticas conocidas.

En el Congreso de Lisboa, en virtud de un informe de don Manuel Danvila, se votó la resolución siguiente: «Se ha de proclamar en todos los países la perpetuidad de la propiedad intelectual y de someterla á las mismas disposiciones que rigen la propiedad de derecho común.»

Es puramente platónica esta declaración; pero muy pronto pueden elevarse á resultados prácticos las deliberaciones del Congreso de Montevideo, porque ya acaban de ratificarse en el Uruguay, por ley de 5 de Octubre de 1892, los ocho tratados y el acta adicional elaborados en 1888 y 1889. Se puede creer que aquella República, que fué una de las dos que tomaron la iniciativa para reunir dicho Congreso, no obra así sin esperar el anuncio de otras ratificaciones dentro de un plazo no lejano. Es digno de notarse que la adhesión de un solo Estado más basta para que aquellos tratados entren en vigor, lo que es muy acertado con arreglo al que se refiere á la propiedad literaria y artística. Las disposiciones de este último se han inspirado en las del Tratado de Berna de 1886, mas discrepan de aquéllas en varios puntos; así no dieron las naciones contratantes á su convenio la forma de una unión (1), ni han organizado una oficina internacional parecida á la de Berna (2); además, en la parte integral obsérvase que en la convención de Berna se atiende, al tratar de si gozará ó no una obra de protección, á la nacionalidad del autor y al lugar de

(1) Por esta misma circunstancia se ha sostenido que basta la ratificación de dos Estados para hacer entrar en vigor la convención: lo que otros niegan.

(2) No obstante quedan encargados los Gobiernos del Uruguay y de la Argentina para desempeñar funciones análogas á las de la oficina internacional de Berna.

Digitized by Google

la publicación, mientras que sólo este último se tiene en cuenta en el Tratado de Montevideo (1), y en éste se establece una igualdad perfecta entre el derecho de traducción y el de reproducción, limitándose la protección del derecho de traducción en todos los casos á diez años por aquélla, lo que hoy se reconoce todavía como un progreso importantísimo en su tiempo, en 1886 (2).

Se admite la adhesión al Tratado de Montevideo, en principio, á cualquiera nación: mas es menester notar que si para las de Sur-América este paso no depende de condición alguna, la adhesión de otro Estado que no sea de aquéllas queda sujeto,

---

(1) El principio de la nacionalidad, adoptado en 1886, quedó restringido en sus consecuencias por las estipulaciones del art. 3.° del Tratado de Berna, que concede el beneficio del acuerdo internacional á todos los editores residentes en cualquier país de los de la Unión, aunque las obras que publiquen sean de autores de nacionalidad extranjera á las misma. Subsiste todavía una diferencia notable entre aquellos Tratados: según el de Montevideo, no existe la cuestión de la nacionalidad del autor, sino que por las obras publicadas en el territorio de uno de los Estados contratantes, los autores quedan facultados para perseguir las infracciones; según el de Berna, por el contrario, se concede la acción respectiva al editor directamente, si el autor no pertenece á cualquiera de las naciones de la Unión, y por consecuencia, si no se sirve el autor de la intervención de un editor para la publicación en el territorio de la Unión, puede cuestionarse si se le concederá protección.

(2) Se reunió en 2 de Octubre de 1889 á 19 de Abril de 1890 en Washington un Congreso de Delegados de todas las naciones de América, con excepción de las Repúblicas de Haití, de Santo Domingo y el Paraguay, con el objeto, que no se ha logrado llevar á efecto, de fundar un vasto «Zollverein» entre todas las naciones de América. Ocupándose los individuos de dicho Congreso hispano-americano, no solamente de las cuestiones de Aduana, sino en la sesión de 3 de Marzo de 1890 de la propiedad intelectual, se aprobaron las disposiciones del Tratado de Montevideo.

Véanse además, acerca de la comparación de los dos Tratados: *Droit d'auteur*, 1889, pág. 58; 1896, pág. 40; Ch. Lyon-Caen en el «Recueil des lois françaises et étrangères», tomo 2.°, pág. 379; Francisco Silvela, en la Memoria citada en la nota 2.ª de la pág. 379; Darras, en la obra mencionada en la nota 1.ª de la pág. 381.

Digitized by Google

para llegar á ser efectiva, al consentimiento de las que firmaron el Tratado.

Una distinción semejante se encuentra en las resoluciones adoptadas en el Congreso Jurídico ibero-americano de Madrid, el que, reunido en ocasión del Cuarto centenario del descubrimiento de América, se celebró en dicha capital en 24 de Octubre á 16 de Noviembre de 1892. Entre las cinco cuestiones que formaban la orden del día, se encontraba la investigación de principios de una legislación internacional para España, Portugal y las Repúblicas ibero-americanas en materia de la propiedad intelectual, siendo discutido un sabio informe de Don Francisco Silvela (1) en las sesiones de 31 de Octubre y 1.º de Noviembre (2), y votándose las resoluciones siguientes:

«1.ª El derecho de propiedad en las obras literarias y artísticas en favor de sus autores, debe ser reconocido por las legislaciones de España, Portugal y los Estados ibero-americanos.

»2.ª El derecho de propiedad literaria y artística de un autor sobre sus obras durará ochenta años, estableciéndose este período de tiempo como una transacción entre la perpetuidad y la limitación á períodos más reducidos.

»3.ª Mientras no se llegue á la unidad en la legislación, cada país reconocerá á favor de los extranjeros, en sus leyes propias é internas, el mismo derecho que reconozca á favor de sus nacionales.

»4.ª El derecho de propiedad del autor de una obra literaria ó artística debe comprender la facultad de disponer de ella, de publicarla, de enajenarla, de traducirla ó autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.

»5.ª Los artículos de periódicos podrán reproducirse citando la publicación de donde se tomen, siempre que su reproducción no se hubiese prohibido expresamente, pudiendo publi-

(1) Pág. 268 del acta de las sesiones.

(2) Pág. 259 ibidem; véase «Revista de los Tribunales», números de 19 de Noviembre y 8 de Diciembre de 1892; *Droit d'Auteur*, 1896, pág. 39.

Digitized by Google

carse sin necesidad de autorización alguna los discursos pronunciados ó leídos en Asambleas ó reuniones públicas.

»6.ª La constitución y declaración del título para la propiedad literaria y artística la obtendrá cada autor según las leyes del país de su nacionalidad, y debe ser admitido, sin exigirse otras formalidades, en los demás pueblos donde quiera hacerla efectiva.

»7.ª Las responsabilidades en que incurran los que usurpen el derecho de propiedad literaria ó artística, se ventilarán ante los Tribunales y se regirán por las leyes del país en que el fraude se haya cometido.

»8.ª Para dar vida y eficacia á las anteriores conclusiones, llevando su realización á la esfera de las convenciones internacionales, se nombra una Asociación, constituída por los delegados extranjeros que han concurrido á este Congreso y por la Junta de gobierno de la Real Academia de Jurisprudencia de Madrid, por ser esta Corporación la que ha convocado el Congreso Jurídico ibero-americano, á fin de que gestione cerca de los respectivos Gobiernos la celebración, antes de un año, de un Congreso de representantes diplomáticos que se ocupe de tomar acuerdos oficiales sobre las conclusiones aceptadas en este Congreso.»

Debe añadirse á estas noticias que en un acuerdo de 10 de Noviembre, y que no solamente se refiere á las cuestiones del derecho intelectual, se solicita del Gobierno español que organice una Conferencia diplomática, la que debe proceder á la codificación del derecho internacional aplicable á España, Portugal y á los países de las Américas del Sur y Central.

No nos ha sido dable informarnos de cuáles sean las diligencias que se hayan practicado en virtud de estos acuerdos, y esperamos que alguno de nuestros ilustrados compañeros españoles se sirva suplir esta deficiencia.

Llama la atención que en las resoluciones madrileñas no se trate sino de la legislación de las naciones ibero-americanas; lo que obedece á la composición exclusiva de aquel Con-

Digitized by Google

greso, y no cabe duda de que sus individuos hubieran emitido votos de un carácter más general si se les hubiera solicitado para ello. Por esta razón creemos inspirarnos en los mismos sentimientos que á ellos animaron, proponiendo la resolución siguiente, para ser votada en el Congreso de Barcelona:

«El Congreso de Barcelona manifiesta su deseo de que el Gobierno Federal Suizo, por ser el agente oficial de la Unión para la protección de obras literarias y artísticas, practique las diligencias necesarias para obtener la adhesión al Tratado de Unión, de aquellos países de idiomas español ó portugués que hasta hoy han quedado fuera de la Unión de Berna» (1).

ALCIDES DARRAS,
Secretario general de la Asociación literaria y artística internacional.

ERNESTO EISENMANN,
Abogado de París.

(1) El Congreso de la Asociación internacional literaria y artística de este año, reunido en Barcelona, en su sesión de 29 de Septiembre de 1893, adoptó por unanimidad la conclusión propuesta en este informe.

Digitized by Google

CÓDIGO CIVIL *

Doctrina del Tribunal Supremo en los diferentes casos sometidos á su resolución.

SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES POR DIVORCIO.—*Celebrado con anterioridad al Código civil el matrimonio, son inaplicables las disposiciones del mismo á la demanda sobre* litis expensas, *formulada por la mujer que intenta el divorcio contra su esposo.*— Habiéndose presentado en 4 de Enero de 1890, demanda por una mujer casada que había obtenido el depósito provisional para entablar el divorcio, en cuya demanda solicitaba *litis expensas,* á fin de litigar con su marido, éste se opuso á tal demanda en cuanto al abono de *litis expensas*, apoyando su oposición en el art. 68 del Código civil, por cuanto dicho artículo no le imponía la obligación de abonar *litis expensas*, sin que las mismas pudiesen imputarse á la sociedad de gananciales, cuyas cargas especificaban los artículos 1408 y 1410 del referido Código civil.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de Abril de 1891, (*Gaceta* de 30 de Mayo siguiente), resolvió: 1.º, que según los artículos 1.º y 3.º del Código civil, las leyes no regían hasta los veinte días de su promulgación, careciendo de efecto retroactivo si disponían lo contrario; 2.º, que conforme al párrafo inicial de las disposiciones transitorias y sus reglas 1.ª y 2.ª, las variaciones introducidas por dicho Código que perjudiquen

* Véanse las páginas 346 y 365 del tomo 82, y 116 del 83 de esta REVISTA.

Digitized by Google

derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior, no tendrán efecto retroactivo, sino que se regirán por ella, aunque la nueva los regule de otro modo, y no se hayan ejercitado antes de ser aquél promulgado, sin otra limitación que la de sujetarse á lo por el Código dispuesto, en cuanto á su ejercicio, duración y procedimiento, para hacerlos valer; y 3.º, que si el matrimonio de donde nacen los derechos y acciones que sobre *litis expensas* ejercite una mujer contra su marido, se celebró con anterioridad al nuevo Código civil, son inaplicables al caso las disposiciones contenidas en el mismo.

***

Insubsistencia de la hipoteca constituída por el marido en seguridad de las arras, caso de divorcio.—Constituída hipoteca legal por el marido á favor de su mujer, según lo dispuesto en el artículo 169 de la ley Hipotecaria, en garantía de las arras, y decretado por la Autoridad eclesiástica el divorcio, uno de los efectos que en relación á los bienes de los cónyuges produce aquél, á tenor del caso 3.º del art. 73 del Código civil, es perder el cónyuge culpable todo lo que le hubiese sido dado ó prometido por el inocente. Y claro es que, en observancia á lo dispuesto en el art. 79 de la citada ley Hipotecaria, podrá pedirse y deberá ordenarse la cancelación total de la inscripción hecha á favor de la mujer casada, porque merced al divorcio, y según el art. 1351 del Código civil, ha desaparecido el derecho que la hipoteca garantiza. Ahora bien; si un tercero ha hecho á nombre de la mujer gastos judiciales como Procurador suyo en los litigios con el marido, ¿podrá embargar aquél los bienes con que éste aseguró las arras entregadas á la esposa culpable? El Tribunal Supremo, casando la sentencia recurrida que así lo estimaba, declaró: 1.º, que dejada sin efecto por sentencia de divorcio la promesa de arras constituída por el marido á tenor de lo ordenado en el art. 73, caso 3.º, del Código civil, quedó, *ipso facto*, sin valor, por virtud de lo dispuesto en

Digitized by Google

el art. 1351, la hipoteca que la garantizaba; 2.º, que infringe los mencionados artículos la sentencia que en ese caso desestima la demanda del marido contra el embargo practicado á instancia del Procurador de su mujer, en cuanto aquél justamente reclama la libertad de la finca hipotecada en el concepto de ser del patrimonio exclusivo del mismo y estar por ministerio de la ley libre de la obligación de las arras prometidas (Sent. de 10 de Diciembre de 1892, *Gaceta* de 28 de Enero de 1893.) La Sala sentenciadora, como acertadamente reconoce el Tribunal Supremo, cometió en su fallo el error jurídico de aplicar indebidamente al caso los artículos 1418 y 1438 del Código civil, toda vez que no teniendo las fincas que aseguraban la hipoteca por arras el carácter de bienes gananciales, ni poseyendo el tercero derecho alguno adquirido sobre dichas fincas, no podía invocarse con oportunidad la doctrina de que la renuncia de los gananciales dejaba á salvo los derechos de los acreedores, ni tampoco podía sostenerse como adecuada la teoría de que la separación de bienes no perjudica en caso alguno los derechos adquiridos con anterioridad por aquéllos.

***

¿Subsiste la comunidad de bienes é intereses de los contrayentes, para los efectos de la declaración legal de la pobreza, cuando en la celebración del matrimonio canónico se han omitido las formalidades prescritas en los artículos 77 y 79 del Código civil?—Es sabido que el art. 77 del Código civil no otorga efectos civiles al matrimonio canónico, en el caso de que los contrayentes por su culpa no diesen al Juez municipal el oportuno aviso, sino desde la fecha de su inscripción en el Registro civil, y que respecto á los matrimonios de conciencia tampoco surten tales efectos sino después de cumplidas las formalidades prescritas en el art. 79 del propio Código.

Amparado, aunque erróneamente, en esas prescripciones del Código civil, y fundándose en su voluntario incumpli-

Digitized by Google

miento, pretendió un marido litigar como pobre, apareciendo, en efecto que, si bien celebró con su consorte matrimonio canónico en 1890, no aparecía el acto inscrito en el Registro civil. La Sala sentenciadora, revocando la declaración de pobreza hecha por el Juzgado de primera instancia, resolvió no haber lugar á la habilitación de la pobreza solicitada, é interpuesto recurso por infracción de ley, el Tribunal Supremo estableció muy acertadamente la siguiente doctrina: 1.°, que las declaraciones de pobreza para litigar se rigen por la ley de Enjuiciamiento civil, cuya sección 2.ª, tít. 10, libro 1.° autoriza á los Tribunales para resolverlas, no por principios de estricto derecho, sino por apreciaciones derivadas del estado natural del que pretende tal beneficio, y aun de los signos que exteriorizan su manera de vivir, no sólo con relación á su propia personalidad, sino también á la de su consorte cuando estuviere casado; 2.°, que al denegar el recurrente el privilegio que pretende, por no haber acreditado que así él como su consorte carecen de medios para litigar en concepto de rico, interpretó la Sala rectamente los artículos 77 y 79 del Código civil, y el 15, núm. 5.°: de la ley de Enjuiciamiento; porque siendo canónico, y como tal perpetuo é indisoluble el matrimonio celebrado, no pudo menos de originar la comunidad de bienes é intereses entre los contrayentes, que es lo que motiva el precepto del art. 18 de la ley procesal civil; y 3.°, que á esa comunidad no puede servir de obstáculo el no haber dado los otorgantes aviso previo al Juez municipal competente, ni la omisión de ser el acto inscrito en el Registro civil; porque la falta de tales formalidades, obligatorias según la ley sustantiva, ni imprime al matrimonio religioso el carácter especial de los llamados secretos ó de conciencia, ni puede perjudicar otros derechos ajenos á los privativos de los que la infringieron (Sentencia de 16 de Febrero de 1892, publicada en la *Gaceta* de 18 de Marzo del mismo año).

LA REDACCIÓN.

Digitized by Google

CRÓNICA

Un papiro del Museo de Berlín.—Entre los papiros greco-egipcios del Museo de Berlín que han empezado á publicarse por la Administración imperial, figura un documento jurídico, que ofrece un gran interés para la historia del derecho egipcio y para la de la penetración del derecho griego en el romano. Daremos cuenta de él brevemente, según la exposición que hace T. Reinach en la *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger* (núm. 1.° del año corriente).

El documento mencionado proviene de Fayoum, y se halla en un estado de conservación excelente. Lleva el título de «copia» y es un certificado, expedido por autoridad competente, de los registros de un Tribunal, probablemente el de Arsino, capital de Fayoum.

El asunto de que en él se trata es el siguiente: Una mujer egipcia murió el año 126 y 27 después de J. C., sin testamento, dejando: 1.°, un hijo llamado Petesouchos, que tenía á su vez un hijo llamado Dionysos; y 2.°, una nieta llamada Chenalexas, hija de otro hijo premuerto, de nombre Alejandro. Inmediatamente después de la muerte de la *de cujus*, Petesouchos y su hijo tomaron posesión de la totalidad de la herencia. Ocho años después, el año 133-134 después de J. C., Chenalexas se dirigió á la justicia para reclamar su parte en la sucesión de su abuela. El prefecto ó virrey de Egipto delegó el conocimiento del asunto en un Juez llamado Heraclides, que fué quien primeramente conoció de él.

Para sostener su pretensión, Chenalexas afirmó simplemente que su padre Alejandro había muerto en 130-131 después de J. C. y por consecuencia cuatro años después de la *de cujus*, debiendo haber recogido una parte de la herencia de su madre, que era la que ella reclamaba á su vez como heredera de su padre. Los demandados contestaron que Alejandro había muerto nueve años antes de la *de cujus*; que la sucesión de ésta no se había abierto nunca para él, y que, por consiguiente, Chenalexas, su hija, no tenía ningún derecho á ella.

Digitized by Google

Tratábase, pues, de una mera cuestión de hecho, y la demandante quedó en traer la prueba de su alegación, sobreseyéndose entretanto el juicio.

Las investigaciones de Chenalexas debieron durar bastante tiempo, pues hasta el año siguiente de 134-135 después de J. C., no se volvió á tratar del asunto, encomendado á un nuevo Juez, llamado Menandro. Esta vez Chenalexas, convencida sin duda de que su padre había muerto antes que su abuela, cambió por completo de sistema y se fundaba para reclamar la herencia sobre un acto legislativo, que se designa siempre con la expresión un poco vaga de «beneficio del Emperador Adriano», y que parece había otorgado «aun á los egipcios» el derecho de recoger la sucesión de una abuela en concurso con los descendientes de primer grado. En apoyo de su dicho presentaba una sentencia del *epistratega* Gellio Bassus, que en caso semejante había decidido «que los hijos de un hijo premuerto deben recoger, en la sucesión de la abuela, todo lo que hubiera correspondido á su padre, ora abintestato, ora *ex testamento*. En términos modernos, diríamos que la demandante pretendía que debía aplicarse á su caso el principio de la representación.

Menandro, al parecer jurisconsulto mediano, pero Juez concienzudo, creyó que el asunto era grave, porque planteaba una cuestión de principios, y aplazó la decisión hasta consultar con el Prefecto de la provincia, el cual confirmó pura y simplemente la tesis de la demandante.

De este documento resulta el dato, interesante para la historia del derecho, de que el principio de representación, admitido desde muy remotos tiempos en Egipto por lo que respecta á la sucesión de un hombre, fué extendido á las sucesiones femeninas por el llamado «beneficio de Adriano», dictado antes del año 134 después de J. C., sin duda sólo para un caso particular y á título de favor, y después generalizado. Este principio de la representación en materia de sucesiones femeninas tardó tres siglos y medio en prevalecer en el derecho romano, no habiendo llegado á su completo reconocimiento sino en la legislación de Justiniano. En este punto, como en muchos otros, las legislaciones provinciales se habían adelantado mucho tiempo al derecho romano y le habían mostrado el camino. El modelo en que se inspiró el «beneficio de Adriano», fué sin duda el derecho griego, que había mostrado siempre gran aprecio al principio de la representación, sin distinguir entre sucesiones femeninas y masculinas. Este mismo derecho fué el que produjo la transformación del derecho romano en el punto que nos ocupa, transformación que llegó á su término, como hemos dicho, en las Novelas de Justiniano.

Digitized by Google

La autonomía de Irlanda.—El proyecto indudablemente más importante de cuantos han sido sometidos este año á las deliberaciones de los Parlamentos de Europa y América es el de autonomía de Irlanda, problema que hace cincuenta años viene agitando al Reino Unido. Por esto será memorable en los fastos históricos el día 13 de Febrero de 1893, en que el anciano Gladstone, Presidente del Ministerio inglés, presentó á la Cámara de los Comunes el proyecto sobre el *Home-rule,* cuyos principales artículos vamos á resumir brevemente.

El *bill* propone que se confirme la supremacía del Parlamento inglés, ocupándose el Parlamento que se concede á Irlanda sólo en los asuntos irlandeses. El Parlamento irlandés se compondrá de dos Cámaras. La primera, que constituirá una especie de Consejo, constará de 18 miembros, elegidos por los ciudadanos que paguen un arrendamiento anual de 20 libras esterlinas. La segunda, se llamará Asamblea popular y se compondrá de 103 Diputados, elegidos por los electores irlandeses. Los Diputados irlandeses podrán también formar parte de la Cámara de los Comunes imperiales, pero deberán ser elegidos por modo especial. La minoría tiene derecho á estar representada en el Consejo legislativo. La duración de la Asamblea legislativa será de seis años y tendrá derecho de iniciativa para los *bills* de índole financiera, pero sólo después del Virrey.

El Virrey de Irlanda, que será elegido prescindiendo de la religión que profese, será nombrado por seis años y tendrá plenos poderes ejecutivos. Tendrá por Gabinete un Comité ejecutivo, ó bien un Consejo privado para Irlanda. Oyendo el parecer de este Comité, el Virrey sancionará los *bills* votados por el Parlamento irlandés, pero deberá recibir instrucciones soberanas.

Los Jueces en Irlanda serán inamovibles. La policía se transferirá á nuevas Autoridades, retirándose poco á poco la actual.

Los representantes irlandeses en el Parlamento imperial se reducirán á 80, cifra proporcionada á la población de Irlanda. Los Diputados irlandeses concurrirán al Parlamento imperial, pero no tendrán derecho de votar: 1.º, sobre las leyes y propuestas limitadas á la Gran Bretaña; 2.º, sobre los *bills* financieros limitados á la Gran Bretaña: 3.º, sobre todos los créditos que no se refieran á los servicios imperiales.

Irlanda contribuirá en una proporción equitativa á los gastos imriales. Gladstone cree que siendo de 2.370.000 libras esterlinas las entradas netas de las Aduanas irlandesas, la proporción equitativa en los gastos imperiales se debe calcular en 59 millones. Las Aduanas irlandesas serán administradas por Inglaterra.

En la primera lectura, este proyecto no fué en realidad discutido. Los jefes de grupo hablaron en nombre de sus partidos, pero se abs-

Digitized by Google

tuvieron de juzgar el mérito del proyecto, ateniéndose á una costumbre parlamentaria inglesa, que, en primera lectura, sólo consiente una discusión general, la cual se declaró cerrada en la noche del 18 de Febrero. Puesto á votación el proyecto, fué aprobado por mayoría, entre los aplausos de los liberales y los irlandeses. El pueblo hacía eco fuera á los aplausos de la Cámara. El proyecto fué presentado en seguida en segunda lectura, y ha dado lugar á una discusión vivísima y á muchas votaciones sobre las numerosas enmiendas presentadas por los Diputados. En los primeros días de Septiembre ha sido votado en tercera lectura. Gladstone puede gloriarse de haber puesto mano en los últimos años de su vida en uno de los problemas políticos y de las reformas legislativas más graves y transcendentales de nuestro tiempo.

*
* *

La ley de Lynch.—Los numerosos casos de *linchamientos* ocurridos recientemente en los Estados Unidos, han hecho que se fije la mirada de los estudiosos en esa forma popular y directa de administración de justicia, procurando desentrañar su esencia y naturaleza y descubrir sus causas. El Sr. González Lanuza, Profesor de Derecho penal en la Universidad de la Habana, ha publicado hace poco un notable folleto sobre esta materia, del cual ya se ha dado cuenta en las *noticias bibliográficas* de esta REVISTA.

Créese generalmente que la ley de Lynch consiste en ejecutar al instante, sin forma alguna de juicio y en un arrebato de la indignación popular, á quien se ha hecho culpable de un delito grave, que ha logrado excitar las iras del pueblo; pero no es así, según resulta de un caso de *linchamiento* presenciado por Townsbend en un viaje por la América septentrional, que vamos á referir á continuación.

Dice Townsbend que al pasar por Morgan, pequeña aldea de las llanuras del Colorado, oyeron un pistoletazo y después vieron gentes que corrían de acá para allá. La curiosidad les hizo acercarse, y observaron que toda la población masculina se agolpaba en la encrucijada de la vía principal. En medio había diez ó doce hombres armados de revólvers, alrededor de un prisionero, que estaba en pie, con la cabeza descubierta, los brazos atados atrás y palidísimo.

Este hombre había matado á otro de un pistoletazo en la cabeza hacía apenas diez minutos, y se trataba de juzgarlo inmediatamente. El Tribunal se constituyó bien pronto. Colocóse sobre una carreta el que fué elegido juez por la voz popular: un hombre alto, moreno, con la barba gris. A su lado se sentaron, sobre barriles, los que el juez

Digitized by Google

eligió para formar el jurado. Había entre la multitud un joven alto, flaco, de aire inteligente, y fué nombrado defensor del reo.

Los testigos fueron llamados uno á uno por su nombre y juraron extendiendo la mano sobre una Biblia que llevaba casualmente en el bolsillo uno de los presentes. Todos declararon lo mismo. El acusado se había dirigido á un obrero que estaba ocupado en componer un carro, y le había dicho que quería hablarle. Después de la tercera respuesta negativa que había recibido del obrero, el cual pretextaba que estaba ocupado y que no podía atenderlo, le disparó á quemarropa el rovólver en la cabeza, entrándole la bala por la nuca y saliéndole por un ojo.

Oídos los testigos, se preguntó al acusado si tenía algo que decir, y contestó que no. El abogado, advertido de que sólo podía hablar del hecho, y no sobre la legalidad del tribunal que se había constituído, renunció á la palabra. Entonces los que componían el jurado se retiraron detrás de la carreta, y al cabo de cinco minutos volvieron á sentarse sobre los barriles.

El juez se levantó sobre la carreta, anunció al pueblo que el jurado había declarado culpable al acusado, y que, tocándoles á ellos ahora decidir, les rogaba que los que opinaran que debía ser ahorcado respondieran: sí. Un centenar de voces repuso á un tiempo: sí.

Entonces cogieron al condenado, hicieron un nudo corredizo en la cuerda con que estaba atado á una silla, se acercaron á un árbol y echaron la cuerda sobre una rama; montaron al condenado sobre un caballo, le pusieron el nudo al cuello, dieron un latigazo al caballo, que se alejó corriendo, y el reo quedó colgando de la rama.

Un cuarto de hora después, toda la población estaba de nuevo trabajando tranquilamente.

Como se ve, hay aquí una forma de juicio, aunque rudimentario y simplísimo, y se dan al acusado las garantías de un juez, un jurado, un defensor, una información testifical sobre los hechos, y por último, de una apelación al pueblo, que es el que falla en definitiva. Todo esto es, sin duda, insuficiente é imperfecto para un pueblo civilizado, pero en un pueblo naciente, sin complicaciones y acostumbrado al ejercicio de la democracia directa, tiene explicación esta forma de enjuiciar, que, después de todo, quizá sería la más lógica dentro de los principios de ese sistema de gobierno.

Digitized by Google

REVISTA DE LA PRENSA JURÍDICA EXTRANJERA

POR JERÓNIMO VIDA

Catedrático de la Universidad de Granada.

El contrabando y su lugar en el derecho penal *(Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenchaft,* tomo 12, números 5.º y 6.º, páginas 784-823.)

En un tiempo, que se halla tan decididamente concorde como el nuestro, en los pueblos y formas de Estado más diversos, para afirmar los principios de la protección aduanera, podría también parecer indicado, para la ciencia del derecho penal, ocuparse más detenidamente en nuestra materia, la cual, sin duda, encuentra sus raíces y su valor propio en una serie de otras disciplinas mejor que en el puro derecho penal. Pues así como la economía y el derecho internacional, no menos que las miras y los fines del arte práctico del Estado (política y diplomacia), producen las bases de las circunstancias, en las cuales hallan su origen los delitos y faltas indicados en el título, así, en la práctica de la vida diaria, es ante todo en el derecho y la ciencia de la policía, en cuyos preceptos tanto se forman los conceptos de los hechos punibles de que tratamos, como se desarrolla el procedimiento, por lo menos al principio de su incoación.

La palabra (*Schmuggel*) con que se designan en el lenguaje corriente los delitos objeto de nuestro estudio, es de origen danés, y del danés pasó al inglés, del inglés al holandés, del holandés al bajo alemán, y de aquí al alto alemán; por manera que Alemania parece haber aprendido á conocer primeramente el contrabando en su importancia para el Estado, no por sus extensas fronteras del Este, sino por las reducidas del Noroeste, prueba quizá, de que sólo pueblos de cultura casi iguales y de contexturas políticas fijas pueden desarrollar uno frente á otro el concepto del contrabando punible. Pero al mismo tiempo esta peregrinación y recepción mutua de palabras extranjeras, nos da una prueba evidente de la naturaleza internacional de este concepto, el cual, á consecuencia de ello, reclama un lugar importante en el derecho internacional, en las prescripciones sobre los derechos de los beligerantes y de los neutrales entre sí y unos frente á otros.

Digitized by Google

Aunque todo el derecho penal contemporáneo aparezca como formado sobre la base de la idea del Estado nacional, sin embargo, la conciencia, que cada vez se fortalece más, de la existencia de intereses internacionales, ha empezado á crear un derecho y un procedimiento penal, que no descansa ya sobre la mera oposición entre la voluntad ilegal del particular y los preceptos generales de su Estado, sino que reconoce también, en determinadas circunstancias, como obligatorios é inviolables, para los súbditos de un Estado, preceptos de un Estado extraño. Pues bien; con este giro internacional del derecho penal está en una oposición manifiesta la legislación aduanera de algunos Estados en el castigo del contrabando, lo cual deja ya adivinar la naturaleza, por decirlo así, arcáica de esta materia. Cuando un Estado prohibe la importación de cualesquiera objetos del país vecino, ó en general, no pregunta si el Estado vecino permite ó no la exportación, y al contrario. Esto es, sin duda, un derecho subjetivo de cada Estado; pero cuando su ejercicio se pone en pugna con el del otro, se forma de hecho una oposición, que sólo se diferencia de la de la guerra por la aplicación del medio, limitada á una medida mínima.

De ordinario entendemos, ciertamente, por guerra aduanera algo por completo distinto, á saber: la pura lucha económica de los Estados mediante la elevación de los derechos de introducción de las mercancías. Pero el *bellum omnium contra omnes* se presenta todavía hoy, en las limitaciones comerciales, por manera tan evidente, que se pone á los particulares en la tentación de utilizarse, en provecho propio, de este estado de guerra, como secuaces y corsarios. Por lo general, todo Estado tolera estos aliados, no solicitados y á menudo enfadosos, contra el otro Estado, mientras que cree poder y deber castigarles severamente cuando emplean su actividad contra el mismo.

El derecho penal aduanero tiene, por tanto, algo del carácter del derecho de la guerra. Esto aparece, no sólo en los medios que se emplean para impedir y combatir el contrabando, sino también en la consideración teórica de éste por las leyes. Y por esto se da la analogía, basada sobre el parentesco interno, del contrabando que se hace en las fronteras que separan dos Estados vecinos con las empresas del contrabando de guerra ó de rompimiento de bloqueo, realizadas en alta mar frecuentemente por terceros Estados lejanos. Unas y otras consisten sencillamente en comercio con súbditos de un Estado ó con el Estado mismo que vive en guerra con otro.

En todo el campo del contrabando, el comercio es casi siempre y exclusivamente el resorte propulsor. Pero lógicamente no se considera necesaria su existencia para la del contrabando. Para éste es del todo indiferente que las mercancías que yo introduzco por modo ilícito en el territorio del Estado desee conservarlas para mí ó enajenarlas después.

No podemos, por tanto, hallar, en el concepto del comercio, la idea fun-

Digitized by Google

damental del contrabando en su más amplio sentido; pero sí en un concepto más estrecho que se combina casi siempre con el del comercio. Tal es el cambio de lugar (el transporte) de mercancías; y el otro concepto que solamente se necesita unir á éste para formar el del contrabando en el sentido más amplio, es la ocultación de este transporte ante la vigilancia del Estado practicada y ordenada de cualquier manera. Todo lo demás nada tiene que ver con el concepto del contrabando en sí y se funda en otra cosa. No existe sin duda un *delito* aduanero, cuando las mercancías que yo transporto con ocultación ante la vigilancia del Estado no están prohibidas ni sujetas á derechos; pero la ley de Aduanas ve ya una irregularidad en la mera ocultación, y nada nos impide incluir esta conducta, que cae bajo el concepto dado, en el concepto más amplio del contrabando y como hecho punible, aunque sólo como *falta*.

Contrabando en el sentido más amplio es, pues, únicamente: el transporte de mercancías con ocultación ante una vigilancia ordenada por el Estado. La idea de fronteras no forma parte de este concepto. Pero si, según esto, puede hablarse de contrabando cometido en el interior, esto se refiere, no sólo al delito aduanero propiamente dicho, que puede ser cometido completamente en el interior, por ejemplo, sacando sin permiso, esto es, sin vigilancia, mercancías de uno de los llamados depósitos francos, sino que no hallaremos ninguna dificultad para aplicar la palabra, en este sentido amplio, á especies de expedición de mercancías que se tratan de sustraer á una vigilancia del Estado, establecida para ellas especialmente, no en los preceptos de aduanas, sino en otros especiales legislativos ó de policía; por ejemplo, la venta de dinamita y otras materias explosivas, sin permiso de la policía, la remesa de sustancias explosivas por el correo, etc.

Este concepto amplio del contrabando se encuentra, por tanto, también en todos aquellos hechos punibles que se cometen en las fronteras de un Estado, introduciendo en el mismo mercancías con ocultación ante la vigilancia aquí previamente establecida y ejercida sin excepción.

Es claro que el Estado moderno, habiendo extendido considerablemente los límites de su misión, ejercerá, sobre el comercio y sobre las fronteras, una vigilancia más rigurosa que el antiguo, aun sin la mira de enriquecer las arcas del Tesoro, y sí sólo para su propia instrucción y conocimiento. A este fin responden las llamadas *cargas estadísticas*, que sirven para hacer constar, en provecho de las teorías económicas, la cantidad y el valor de las mercancías importadas y exportadas.

En el Imperio alemán se proponen evitar la ocultación ante esta vigilancia en las fronteras, las disposiciones penales de la ley de Aduanas de 1.° de Julio de 1869, que abarca también el contrabando en el sentido amplio, aunque no emplea esta palabra.

Los delitos aduaneros propiamente dichos los distingue desde luego esta ley por una propiedad jurídica esencial de aquello sin lo cual no existe de-

Digitized by Google

lito ni falta, ni, en general, contrabando; á saber: las cosas que son objeto de él. Si está prohibía su importación ó exportación, la ocultación ante la vigilancia del Estado, en el transporte de tales mercancías cerca ó sobre las fronteras, constituye contrabando; si están sujetas á derechos de importación ó exportación, la ocultación constituye defraudación; si no ocurre ni lo uno ni lo otro, la ocultación puede constituir una falta, que podemos considerar como incluída en el amplio concepto del contrabando.

El supuesto local de los hechos punibles que examinamos son, por tanto, las fronteras, en el sentido de líneas ó fronteras aduaneras que, según el artículo 16, coinciden con las geográficas ó políticas. Los edificios en que reside la vigilancia del Estado se encuentran, por lo general, inmediatamente después ó poco más acá de las fronteras territoriales, por manera que los delitos que en ellas se descubren aparecen sin duda como cometidos en el interior. Sin embargo, la naturaleza de los ferrocarriles, mediadores casi exclusivos del comercio internacional en la actualidad, ha hecho que se tengan que establecer muchas veces las oficinas aduaneras de un Estado, antes de sus fronteras, y por tanto, en el territorio del otro. En estos casos el Tribunal Imperial ha establecido que el contrabando se reputa consumado desde que se sale de la estación limítrofe.

El elemento objetivo de las dos subdivisiones del delito aduanero lo concibe la ley de Aduanas de la manera siguiente: *a)* quien emprende importar, exportar ó pasar objetos cuya importación, exportación ó tránsito está prohibido, se hace culpable de contrabando (art. 134); y *b)* quien emprende esquivar los derechos de importación ó exportación se hace culpable de defraudación (art. 135).

Esta definición legal tan sencilla es explicada inmediatamente en el artículo 136, en 19 párrafos que se refieren á las palabras «importar, exportar ó pasar» y «esquivar», y se proponen establecer con qué actos se debe reputar consumado el délito, persiguiendo al propio tiempo el fin puramente de policía de facilitar la prueba mediante los caracteres del hecho consumado.

El fin más importante de este art. 136 de la ley de Aduanas es ensanchar el elemento objetivo del delito aduanero, por manera que se comprendan en él casi todos aquellos casos que se considerarían en otro lugar sólo como tentativa. Pero no se podría decir que en los delitos de aduanas no existe tentativa, porque todo lo que en otro lugar sería tentativa, constituye ya aquí el elemento del delito consumado, sino que más bien podría decirse que los límites de concepto del elemento objetivo se trazan tan extensamente en el delito aduanero, que casi incluyen en sí todo lo que en otro lugar sería y podría ser considerado sólo como «un principio de ejecución» del acto consumado. De aquí resultaría que constituirían tentativa sólo aquellos actos que caen del lado de allá de los amplios límites trazados y que contienen ya un principio de ejecución. Tendríamos, pues, la consecuencia práctica de que

Digitized by Google

la tentativa en el delito aduanero no es punible, porque la ley no la castiga, pero que la esfera de la tentativa es tan reducida, que subsistiría como tal casi sólo lo que designaríamos en otro lugar únicamente como actos preparatorios.

El art. 137 señala 14 de los 19 casos contenidos en el art. 136, en los cuales, la prueba, producida por el autor, de que él no ha podido ó no se ha propuesto ejecutar un contrabando ó una defraudación, priva, á las circunstancias expresadas en el art. 136, del efecto de que con su prueba se tenga también por probado el contrabando ó la defraudación, quedando entonces subsistente sólo la mera falta de policía, que se castiga con una *pena de ordenanza* según el art. 152.

Tenemos aquí, por tanto, una combinación concéntrica, completamente singular en la legislación punitiva, de falta y delito, con el efecto importante de que la primera, por su sola existencia, produce la ficción jurídica de la existencia del segundo, y por ende, uno de los casos, por fortuna hoy muy raros, en que el derecho penal (respecto del delito) exige al acusado la prueba de su inculpabilidad, en vez de considerarse obligado á probar su completa culpabilidad.

Del examen atento de los cinco casos del art. 136 en que no se admite al acusado prueba de su inocencia para rechazar la imputación del delito dejando el hecho reducido á una mera falta, resulta que dos de ellos contienen la adición expresiva «á sabiendas», otros dos se refieren á declaración falsa ú ocultación en la inspección, y el restante al abuso de los privilegios concedidos á los industriales; por manera que en todos ellos está manifiesto el propósito malvado, el *dolus* jurídico-penal. Luego podemos deducir que todos los otros casos tienen por objeto establecer indicios precisos externos de la existencia de este requisito general, esto es, dar una presunción jurídica de su existencia. Según esto, habrá que añadir á la definición legal de los artículos 134 y 135: «con ocultación ante la vigilancia establecida por el Estado», y en esta ocultación se encuentra el *dolo* que es especialmente propio de este delito.

Estamos de acuerdo con Lucas cuando afirma, contra Binding, que la conciencia de la ilegitimidad de la acción no forma aquí parte integrante, como supuesto general, del concepto del dolo; pero no podemos seguirle cuando dice que el precepto penal de que tratamos pertenece á aquellos para cuya aplicación no ha mantenido generalmente la práctica prusiana hasta ahora como necesaria la existencia del dolo. El dolo necesario para la punibilidad é imputabilidad de la acción radica, por el contrario, en la ocultación consciente (intencional) del simple hecho del transporte de las mercancías ante la vigilancia establecida por el Estado.

El *dolus*, la intención ilegítima cuya existencia debe probarse también aquí, por lo general, al acusado, tiene que dirigirse, por tanto, sólo al nucleo

Digitized by Google

del elemento objetivo: la ocultación del transporte de las mercancías ó de las mercancías que se han de expedir.

Mucho más sobria es la ley de Aduanas en la designación de las personas responsables. En las palabras «quien emprende», así como en los preceptos que siguen sobre la reincidencia, las circunstancias agravantes, etc., sólo se hace referencia al que importa, exporta ó transita las mercancías real y efectivamente en su persona ó en su acompañamiento, como autor de los delitos de que tratamos. Pero como es frecuente el caso de que éste sea un mero instrumento de otros que se aprovechan de su trabajo, la ley remite á los preceptos generales del Código penal relativos á los coautores, cómplices y encubridores.

Sólo un caso de favorecimiento menciona especialmente la ley: el de que se cometan los delitos de contrabando ó defraudación bajo la protección de un seguro. La ley supone que se forman sociedades que prometen á los contrabandistas ó defraudadores, mediante el pago de una cierta prima de seguro, la indemnización de los perjuicios que les produce el descubrimiento y castigo de algunos casos, y considera este hecho, además de como una circunstancia agravante para el favorecido, como un delito especial cometido por él accesoriamente al delito aduanero, castigando también á los socios, directores, empleados y agentes de dichas sociedades.

Los casos de contrabando que ofrece la vida diaria pueden clasificarse en tres grandes grupos.

I. El caso más sencillo es el de que el súbdito de un Estado adquiera para sí, en el territorio de otro, mercancías, é intente, por sí sólo ó con otro, importarlas sobre las fronteras, ó que las mercancías adquiridas ó que le pertenecen en el territorio de su Estado, trate de exportarlas, sin denunciarlas ó presentarlas á los órganos fronterizos ó aduaneros del Estado. En este caso, cuando existe la intención de ocultar y se realiza, el hecho cometido será contrabando, defraudación ó falta, según que la importación ó exportación esté prohibida ó sujeta á un derecho de aduana, ó ni una cosa ni otra.

II. *A.*—Un súbdito de otro Estado remite, para la importación á un súbdito de éste, mercancías que le ha pedido, eludiendo una prohibición de importación ó los derechos de aduana, ora valiéndose de otras personas, ora haciéndolo por sí mismo. Según que ocurra lo uno ó lo otro, se castigará al súbdito de aquel Estado como autor, coautor ó instigador, con arreglo á los artículos 47 y 48 del Código penal. El súbdito de este Estado sólo será castigado cuando tiene conocimiento de que la expedición se hace con ocultación de los empleados de aduanas: si el conocimiento es anterior, se medirá su responsabilidad por el art. 48 ó por el 49, según que ha entrado en relación inmediata con el conductor del transporte, ó solo más tarde le tomó las mercancías; si el conocimiento es posterior, pero antecede ó acompaña á la entrega de las mercancías, se le procesará por encubrimiento.

Digitized by Google

En el caso de que tratamos, puede tener para los Tribunales alemanes, en determinadas circunstancias, el mismo interés la violación de las disposiciones de vigilancia fronteriza de otros Estados que la de las suyas. Tal ocurre cuando el Imperio alemán se ha obligado recíprocamente por tratados con algún Estado vecino á castigar los delitos cometidos contra las disposiciones aduaneras de aquel país Por el momento (Junio de 1891), sólo con Austria-Hungría tiene celebrado Alemania un tratado de esta clase. Por tanto, si un alemán, sin perturbar las disposiciones aduaneras del Imperio, viola las de Austria-Hungría, cometiendo allí ó aquí contrabando, defraudación ó falta, tendrá que ser procesado criminalmente en Alemania lo mismo que si el delito ó la falta se hubieren cometido contra las disposiciones aduaneras alemanas ó en Alemania. Es esto, pues, uno de los casos raros en que los Tribunales penales nacionales tienen que aplicar derecho extranjero, aunque no naturalmente en la fijación de la pena, pero sí en el establecimiento del hecho.

B.—Un extranjero adquiere objetos cuya exportación del Imperio alemán está prohibida y emprende exportarlos. Los nacionales que le han puesto en posesión de estos objetos, sólo serán responsables cuando tuvieren conocimiento de su intención de exportar, y se les considerará como cómplices, porque su ayuda no sólo tiene que ser prometida antes del acto, sino que lógicamente tiene que ser también prestada antes del mismo.

III. Un extranjero importa ó exporta por su propia cuenta mercancías para aplicarlas á su comercio ó industria, en el primer caso en el Imperio alemán, en el segundo en otro país. La experiencia enseña que estos casos son mucho más raros que los del segundo grupo, y ocurren, por lo general, sólo aislada y accidentalmente.

En todos estos grupos de casos, la propiedad de las mercancías, que son objeto y base del delito aduanero, pasa al Estado, tan luego como el delito se comprueba. La pena de confiscación es fundamental y absoluta respecto de todas las mercancías que son importadas, exportadas ó transitadas en contra de una prohibición de importación, exportación ó tránsito, ó respecto de aquellas que se sustraen al pago de derechos, una vez que se establecen estas acciones como delitos contra los artículos 134 al 137 de la ley de Aduanas. Esta pena es, pues, la pena propia especial del contrabando en su sentido más amplio, no faltando en ninguna de sus formas diversísimas, aun en las disciplinas jurídicas que no forman parte del derecho penal, como el derecho internacional (contrabando de guerra, rompimiento de bloqueo).

Esta pena, conminada para las dos subespecies del delito aduanero en la ley especial, se funda indudablemente en el art. 40 del Código penal, que dice: «Los objetos que... se destinan ó emplean para la comisión de un crimen ó delito intencional, pueden... ser confiscados.» Todas las condiciones indicadas en estas palabras se dan en la confiscación de los objetos que se han empleado para la comisión del delito aduanero, y por tanto, esta pena se dife-

Digitized by Google

rencia fundamentalmente de las confiscaciones generales ó especiales de bienes de los antiguos sistemas penales.

El mencionado art. 40 del Código requiere, además, que los objetos pertenezcan al autor ó á un cómplice, mientras que la ley de Aduanas omite, al parecer, completamente esta condición, conminando la pena de confiscación por modo general, sin esta limitación y estableciendo expresamente en el art. 154 que «la pérdida de los objetos del delito, que tiene lugar á consecuencia del contrabando ó la defraudación, afecta siempre al propietario», sin añadir que es menester que exista alguna relación entre el propietario de los objetos y el autor del delito. Sin embargo, este artículo no hace más que crear la presunción jurídica ó quizás la ficción de que desde luego existe la relación del propietario de las mercancías con el autor del delito como instigador ó cómplice, mientras no se pruebe lo contrario, y por tanto, no está en una oposición de principios respecto del art. 40 del Código, sino sólo en una oposición de hecho, con relación á la prueba, casi exigida por la naturaleza especial de los delitos de que se trata. Pero siempre tenemos aquí, en la manera de determinar la pena de confiscación contra los propietarios de las cosas, sin que haya necesidad de probarles su culpabilidad, aunque con la atenuación de admitirles la prueba en contrario; siempre tenemos aquí, repito, una especialidad que distingue al delito aduanero de todo el restante derecho penal actual, y que puede considerarse hasta cierto punto como un eco de la llamada *pena extraordinaria* de los sistemas penales antiguos.

El Código penal se ocupa en los delitos de que tratamos en los artículos 327 y 328, y la particularidad que en ellos debe sorprendernos, es que, en cierta manera, hace depender la punibilidad de las violaciones de los preceptos del Estado del fin que éstas persiguen. Dicen dichos artículos: «Quien infringe conscientemente reglas de limpieza ó vigilancia, que han sido dictadas por las Autoridades competentes para evitar la introducción ó propagación de una enfermedad contagiosa ó de epizootias, será castigado, etc.» Estos artículos, pues, de todas las disposiciones que son afectadas por los preceptos sobre el comercio fronterizo, cogen un grupo determinado y lo separan de los demás en consideración al fin que sirve de base á su existencia, que es un fin sanitario: la evitación de enfermedades en el hombre y en los animales. No se proponen estos artículos conceder una protección especial á las disposiciones contra el contrabando, generales y ordinarias, que responden siempre á un fin económico, político, ó ambos casos á la vez, sino á las disposiciones *extraordinarias* que se apoyan sobre consideraciones de higiene y policía de sanidad (animal ó humana).

La consideración del fin de las reglas y prohibiciones dictadas por las Autoridades competentes es decisiva para la cuestión de la *concurrencia* del artículo 328 del Código con el 154 de la ley de Aduanas. Si el fin es, en efecto, puramente de policía sanitaria, no existe concurrencia alguna ideal ni real,

Digitized by Google

sino, á lo sumo, concurrencia de leyes, y el hecho debe castigarse exclusivamente según una ú otra ley, esto es, cuando exista violación consciente de las reglas y prohibiciones dictadas para la evitación de las epizootias, sólo según el art. 328 del Código penal; cuando no pueda comprobarse la circunstancia de la conciencia, sólo según el art. 134 de la ley de Aduanas.

C. THUEMMEL.

***

Las reformas al Código de procedimiento penal.—*(Rivista penale*, tomo 7.º, número 5.º, págs. 413-422).

Es indudable que el carácter de la instrucción escrita vicia, no sólo el primer período del procedimiento, sino también el posterior del debate, porque el acusado se presenta en la Audiencia bajo el peso de una acusación, sobre la cual se ha edificado ya, por los Jueces de instrucción, todo un proceso, y nada tiene de extraño que, en el juicio oral, los Jueces de derecho llamados á examinar la obra de sus colegas, se resistan á cambiar la dirección de la investigación y prefieran, por una cierta inercia ó solidaridad de cuerpo, volver á andar el mismo camino y llegar á las mismas conclusiones.

La influencia en el debate del sistema seguido en la instrucción preparatoria, se revela en la comparación del procedimiento inglés con el italiano. En Inglaterra, el proceso se inicia por Jueces populares y se resuelve por Jueces populares, por manera que el Presidente, el Juez de derecho, se desinteresa por completo del resultado y no tiene estímulo alguno para hacer que prospere la acusación. En Italia, el proceso se inicia por Jueces de derecho, y como el Jurado que ha de resolverlo tiene, como en Francia, un origen de desconfianza hacia la Magistratura togada, ésta, y con ella el Presidente, están interesados en que prospere lo hecho por sus colegas en el período de instrucción, y de aquí que miren con prevención al acusado y al defensor, y pongan toda su habilidad en obtener un veredicto condenatorio, mirando como una derrota suya la absolución.

Por esto, lo mejor es separar desde el principio las funciones del acusador y del Juez, procurando desinteresar completamente al Juez de derecho del resultado del juicio, por manera que no tenga que fatigarse para mantenerse imparcial asistiendo al desarrollo del debate y que quede indiferente ante un veredicto, lo mismo en favor que en contra del acusado.

Muy lejos de esto está la legislación vigente en Italia, que no sólo deja al Juez de derecho una indebida iniciativa é ingerencia antes del debate, sino que parece que en el debate mismo ha buscado todos los medios para apasionarlo en el desarrollo de la causa.

Por lo que toca al juicio oral, es de desear que las funciones del Presi-

Digitized by Google

dente se contengan en los límites de la dirección del debate, negándole especialmente interrogar al causado y examinar testigos ó peritos. Nada más deplorable que los luchas entre el Presidente y el acusado, de que con frecuencia nos dan ejemplo los Tribunales; son el tormento moral aplicado por el Juez, que quiere arrancar á toda costa una confesión de labios de quien tiene derecho á que se le deje la mayor tranquilidad y libertad para defenderse.

Son muchos los escritores que afirman que el examen de testigos no debe entrar en las atribuciones del Presidente. Algunos creen que debe examinarlos sólo el acusador. Parece lo más conveniente y más lógico que los interrogue la parte que los ha presentado, dejándole á la otra parte la facultad de repreguntarlos. El examen de testigos por el Presidente da lugar á menudo á choques entre el Presidente y la defensa, por la tendencia de aquél á convertirse en acusador. Estos choques redundan siempre en perjuicio de la autoridad del Presidente, el cual, como director del debate, debe ser puesto en una esfera superior á la acusación y á la defensa, para que nunca pueda presentarse en conflicto con ellas. Además, cuando el Presidente interroga á los testigos, siente repugnancia á lo que hagan después las partes, porque le parece que intentan destruir la impresión producida por su interrogatorio, que él cree imparcialmente hecho. Si no se pueden evitar choques entre acusador y defensor, encargados de examinar testigos, se tendrá la ventaja de que sobre todos podrá el Presidente desplegar con autoridad su acción moderadora.

El poder discrecional de que ahora goza el Presidente es peligroso para la libertad de los ciudadanos, sobre todo cuando es tan ilimitado como en Francia. En Italia está algo más limitado por la ley, pero no lo suficiente. El poder discrecional permite al Presidente una ingerencia indebida, autorizándolo para juzgar de la conveniencia de proceder á actos que deben influir sobre la convicción de los jurados. Mejor sería que éstos, que son los que han de decidir sobre la culpabilidad, fueren también los que resolvieran sobre la conveniencia de instruir más ampliamente la causa y de recoger otros elementos de prueba que añadir á los propuestos por las partes. Este poder sólo podría ejercerse por los jurados, cuando las partes no estuvieren de acuerdo sobre la oportunidad de la diligencia propuesta, y el Presidente tendría la facultad de rechazar, desde luego, las que fueren contrarias á las disposiciones legales.

Tampoco debe ser atribución del Presidente redactar las preguntas que se han de someter al Jurado, porque pudiendo las partes reclamar contra ellas, para que la resolución sea seria é inspire confianza, es menester que la dicte persona distinta de la que ha formulado el interrogatorio. Parece lo mejor que las preguntas las redacten el Fiscal y el defensor del acusado, con derecho en estos dos y en la parte civil á pedir que se formulen de otro

Digitized by Google

modo á como las han formulado los primeros. Si el Fiscal y el defensor respectivamente no consienten, el Presidente decide.

Respecto del resumen del Presidente, los sistemas legislativos son varios. En Inglaterra, la autoridad y la influencia que el Presidente ejerce sobre los jurados casi se confunden con el arbitrio más ilimitado. Puede expresar su opinión en cuanto al hecho, y puede exigir que se le den á conocer los motivos del veredicto; puede invitar á los jurados á cambiar su declaración; puede, con su disentimiento acerca del valor de las deposiciones de los testigos, suministrar un motivo de recurso contra las decisiones del Jurado; puede, en fin, impugnar indirectamente el veredicto de condena, declarándolo mal formado. Nada tiene de extraño, pues, que quede á su juicio si debe hacer resumen y de qué manera. Esta amplitud de poderes sería peligrosa en el continente, porque aquí el Jurado tiene otro origen y está en una relación de desconfianza con los Jueces de derecho. Por esto se ha sentido la conveniencia de someter el resumen á normas determinadas. Se ha observado en este punto una lenta evolución. Primeramente, el resumen no es más que una sucinta exposición de los hechos. Después se reconoce la necesidad de explicar á los jurados el significado de los términos legales comprendidos en las preguntas y de darles las nociones jurídicas necesarias para responder adecuadamente: el resumen continúa siendo una sucinta exposición del hecho, pero empieza á ser también una explicación del derecho.

Las disposiciones legislativas más recientes parecen contrarias al resumen presidencial, aboliéndolo completamente, ó por lo menos, en la parte que concierne al examen de las pruebas y á la apreciación de los hechos. En este sentido se ha legislado en Francia, Bélgica, Alemania, y en los cantones de Ginebra, Waud, Neuchatel y Berna. En Italia el movimiento abolicionista es muy manifiesto.

La historia de las fases legislativas del resumen, demuestra hasta la evidencia que las ilusiones de la teoría se han desvanecido ante los resultados de la práctica. En teoría, el resumen se funda en la necesidad de que, después de un largo debate, en el cual cada una de las partes ha trabajado por su causa, la voz imparcial del Presidente ponga en claro los hechos y los argumentos, para que los jurados, gentes no avezadas á esta clase de discusiones, puedan apreciarlos debidamente. En la práctica, nada más difícil que encontrar un hombre que sepa recitar imparcialmente, y casi automáticamente, razones contrapuestas. El legislador ha olvidado que un hombre, aunque sea Presidente, difícilmente consigue, cuando habla, ocultar sus propias impresiones. Nada mas peligroso que un resumen no imparcial. Los jurados se previenen contra las afirmaciones de las partes, porque saben á lo que les obliga su oposición; el resumen presidencial penetra, por el contrario, insidioso en el ánimo del Jurado, porque éste no supone que el Presidente se apasiona y empeña á veces su amor propio en el éxito del debate. Por otra

Digitized by Google

parte, la experiencia ha demostrado que los jurados saben responder á la confianza que se deposita en ellos. Si después de los informes de las partes necesitan todavía de ayuda y de guía, no es ni debe ser para apreciar convenientemente los resultados del juicio, sino para comprender exactamente el significado de las preguntas y la importancia legal de sus respuestas. Para esto sirve muy bien la palabra del Presidente, y si comete error de derecho, procederá en su día el recurso de casación.

F. BENEROLO.

***

¿Puede ser nombrada heredera fiduciaria una persona moral?

(La scienza del diritto privato, tomo 1.º, núms. 2.º y 3.º, págs. 132 137.)

Merced á la vieja, híbrida, dañosa y contradictoria institución de la *fiducia*, nacida en la Edad Media en pro de la Iglesia y hoy día abolida por muchas legislaciones civiles, uno es nombrado heredero ó legatario con el encargo secreto de transmitir después la herencia al verdadero heredero.

Por virtud de las disposiciones del Código civil italiano han desaparecido todas las graves cuestiones para definir la figura jurídica del *fiduciario*, si es heredero, ó depositario, ó custodio, etc. Hoy es indiscutible que el *fiduciario* se considera como verdadero heredero, porque declara espontáneamente la *fiducia* cuando le parece bien. Se hace propietario de los bienes hereditarios y dispone de ellos como mejor le parece. Por esto la ley prohibe toda prueba dirigida á demostrar que un testamento contiene disposición fiduciaria, aunque de él resulte la índole de la disposición misma. Ninguna prueba es admisible: todo queda al arbitrio del fiduciario: él solo es considerado como verdadero heredero. Pero cuando el heredero ha declarado espontáneamente la *fiducia*, debe tener pleno efecto jurídico: surge entonces una obligación jurídica para el fiduciario, un derecho para el verdadero llamado, que podría obligar á aquél á cumplir la *fiducia*.

Sentados estos principios indiscutibles, resulta claro que el heredero fiduciario debe ser ante todo capaz, debe tener todos los requisitos necesarios para ser heredero y la facultad de poder transmitir, la *testamenti factio activa*, y por tanto, que no es posible instituir á una persona moral heredero fiduciario.

La naturaleza misma de la *fiducia* supone una persona física que ha inspirado confianza al testador y á quien éste ha dicho en secreto su deseo, el fin que quiere conseguir por medio de él, y por ende, el verdadero destino de sus bienes, lo cual no puede ocurrir con una persona moral, que no ha podido inspirar esta confianza en las personas de sus administradores, porque éstos están cambiando continuamente, y si uno la ha inspirado, su sucesor inmediato en el cargo puede ser una persona completamente desconocida al *de cujus*, y por tanto, incapaz de inspirarla.

Digitized by Google

Las personas sociales, para aceptar una herencia, necesitan de la autorización del Rey, la cual puede faltarles, y entonces la *fiducia* quedaría destruída, no tendría lugar el verdadero destino de los bienes según la intención del *de cujus*, se frustraría el fin que él quería conseguir, y todo dependería, no del heredero fiduciario, sino del soberano, que puede conceder ó negar la autorización para aceptar la herencia.

Pero, suponiendo que la obtuviera y que aceptase la herencia, cuando declarara la *fiducia* y quisiera cumplirla, tendría que disponer de los bienes, aplicarlos según los deseos del *de cujus*, y esto no podría hacerlo la persona moral, porque no puede disponer libremente de sus bienes ni hacerlos salir de su patrimonio.

El heredero fiduciario debe ser plenamente capaz de ser verdadero heredero, debe tener todos los requisitos necesarios, entre los cuales figura la *testamenti factio activa*. Es necesario, por consiguiente, que sea una persona física, é imposible, por tanto, que se pueda nombrar heredero fiduciario á una persona moral.

C. BIONDI.

***

La publicación de las leyes.—(*La scienza del diritto privato*, tomo 1.º, núm. 7.º, págs. 403 407).

Publicada la ley en la *Colección oficial de leyes y decretos*, y anunciada tal inserción en la *Gaceta oficial* del Reino, el conocimiento de la ley es una presunción *juris et de jure*, contra la cual es dificilísimo luchar en el estado actual de la legislación italiana. Sin embargo, se puede dudar de la equidad de esta disposición, indicar sus inconvenientes, y buscar los remedios.

La presunción mencionada no responde á la verdad, porque son escasísimos los lectores de la *Colección oficial de leyes y decretos*, y escasos los de la *Gaceta oficial*, y no es equitativo que leyes tan poco conocidas se supongan conocidísimas y se hagan inmediatamente obligatorias. Son pocos los que se encuentran en la posibilidad de seguir el movimiento legislativo.

Aun suponiendo que esta presunción se funde en una necesidad imperiosa é imprescindible, siempre resultará que la gran masa de los ciudadanos no conocen la ley á que obedece, y por tanto, ocurre, ó que la infringen involuntariamente y tienen que sufrir sus consecuencias, ó que viven ignorándola y sin aprovecharse de instituciones que les son útiles, con lo cual crece el descontento con el poder social, que tan poco cuidadoso se muestra.

Los remedios propuestos por Menger, de que el Juez enseñe á todo ciudadano, cuando la necesidad le requiera, las oportunas disposiciones legales, ó de que se le defienda de oficio cuando no pueda procurarse abogado, no son suficientes, porque siempre faltaría el conocimiento previo de la ley que es necesario para que un acto se pueda considerar pleno y capaz de efectos ju-

Digitized by Google

ridicos. Conviene, por consecuencia, encontrar un modo nuevo y más completo de publicación, para que se pueda crear equitativamente la presunción de que todos tienen, ó han podido tener, con una diligencia normal, noticia de la ley:

1.° Puesto que el medio más común para la difusión de las ideas en la actualidad es el periódico diario, convendría que se les impusiera la carga, como servidumbre pública, de publicar, por lo menos en extracto, en una columna separada, la noticia de las leyes dictadas y lo suficiente para dar noción bastante de ellas á la generalidad, é indicaciones para ulteriores investigaciones al que las necesitara.

2.° Convendría que los Municipios dieran noticia al público del contenido del *Boletín legislativo*, mediante aviso gratuito y fijación en los tablones de los Juzgados municipales y en otros lugares.

3.° A no impedirlo dificultades materiales y financieras, el mejor medio sería que el anuncio por extracto se comunicare á todos los ciudadanos, mediante una hoja expedida á los jefes familia, de oficina ó de Cuerpos colegiados.

4.° Como estos medios serian insuficientes para los que no saben leer, y la simple notificación no bastaría para dar conocimiento exacto de las leyes, es menester convenir en que debe difundirse el conocimiento del derecho positivo, imponiendo como obligatoria la enseñanza de las nociones elementales de las leyes, no sólo en los Institutos de segunda enseñanza, sino en las escuelas elementales, para los que no pasan de ellas.

5.° Por último, aun para los que no frecuenten escuelas y para los que no saber leer, deberían establecerse conferencias públicas, en las cuales los maestros elementales leyesen y explicasen sucintamente las leyes que se fueran publicando.

Estos son los medios que podrían adoptarse para atender á la necesidad absoluta y apremiante de modificar en sentido moderno la publicación de las leyes, dando bases más razonables á la presunción de su conocimiento.

F. LUZZATTO.

***

Los monopolios de naturaleza comercial.—*(Il diritto commerciale,* tomo 11, núm. 3, págs. 321-330.)

Sostiene Giorgi que en las empresas industriales ó mercantiles ejercidas por el Estado, no es mercantil el acto si la recompensa por la prestación se cobra bajo la forma de impuesto, porque el impuesto no es figura de derecho patrimonial privado, sino de derecho administrativo en remuneración de un servicio que el Estado presta en su calidad de persona política y no de persona jurídica. «El carácter de especulación industrial, dice, desaparece ante el sello fiscal del impuesto.»

Digitized by Google

Esta opinión es errónea. Es acto de comercio objetivo el que, por su naturaleza económica, y por tanto *independientemente de la persona que lo realiza*, se considera como mercantil por el legislador con presunción absoluta que excluye la prueba en contrario. Luego si el monopolio es un acto de comercio objetivo, la persona que lo ejerce no influye sobre la naturaleza del acto. De otro modo se confundirían los dos elementos, objetivo y subjetivo, de la relación, y la intención del que realiza un acto, mercantil por virtud de la ley, influiría en la índole civil ó mercantil del mismo.

Además, no es exacto que el Estado, evocando á sí un servicio público y recibiendo la recompensa de su prestación bajo forma de impuesto, obre como persona política. El Estado asume servicios de interés general para mayor garantía de los ciudadanos, ó para obtener un lucro, que no por eso constituyen funciones ó atribuciones propias suyas, como lo prueba que podría abandonarlas sin que sufriera detrimento su personalidad política. En el ejercicio de un monopolio, por consiguiente, que es acto de administración y no de imperio, el Estado entra en relaciones de posesión ó de contrato *more privatorum*. Y si el monopolio es un acto objetivo de comercio, no puede asumirlo el Estado de otro modo que como cualquier empresario privado. La forma de percibir el Estado la recompensa de una prestación suya de índole mercantil, no influye sobre esta índole.

La doctrina de Giorgi es más discutible todavía cuando se aplica á los monopolios de la sal y del tabaco, porque, mientras reconoce el carácter mercantil en las adquisiciones de géneros que hace el Estado para ejercer estos monopolios, lo excluye en las reventas que hace el Estado de los géneros manufacturados, porque la renta que obtiene es un impuesto.

Si esto fuera exacto, se daría en el Estado la anomalía de que, cuando adquiere para revender, realiza un acto mercantil objetivo, pero no cuando, realizando el fin especulativo de la precedente adquisición, revende la cosa comprada. Lo cierto es que adquisición para revender y reventa, son dos elementos de la misma operación comercial, la cual se efectúa por medio de dos contratos, ambos de naturaleza comercial. Si es mercantil el acto de especulación (la adquisición), no puede no serlo el acto de realización (la reventa), porque ésta es el complemento de aquél.

En Alemania ha sido puesta la cuestión en otro terreno. Se ha mirado al fin del ejercicio; si el fin del monopolio es la ganancia, el aumento de las rentas del Estado, entonces el ejercicio de una industria ó de un comercio por el Estado, aunque vaya asociado con un propósito de bien público, se reputa de carácter mercantil. Si el fin es prestar un servicio de interés general, aunque no produzca nada, entonces no existe acto mercantil.

Pero tampoco en esta forma ha obtenido la teoría el sufragio predominante de la doctrina y de la jurisprudencia, porque la intención de especular, ó es inherente al acto mercantil, ó se presume por el legislador cuando

Digitized by Google

declara y considera un acto comercial, por manera que el concepto genérico del acto no cambia porque en cualquier caso especial quien lo ejecute tenga otra mira concomitante ó predominante sobre la que es inherente al acto ó presume la ley.

Luego aunque el monopolio constituya un servicio público que no produzca nada, si se realiza con actos objetivamente mercantiles, somete al Estado que lo practica al derecho mercantil.

L. BOLAFFIO.

***

Sobre si los acreedores del marido pueden embargar los frutos de los bienes dotales.—(*Archivio giuridico*, tomo 50, núms. 5.º y 6.º, páginas 570-577.)

De que quien se obliga personalmente tiene que cumplir con todos sus bienes las obligaciones contraídas, y de que los frutos de la dote pertenecen al marido durante el matrimonio, se deduce lógicamente que éste debe cumplir sus obligaciones aun con los frutos dotales, y que, no cumpliéndolas, los acreedores pueden embargárselos.

Además, según el Código civil italiano, los acreedores del marido pueden oponerse á la demanda de separación de la dote y reclamar contra la separación acordada por la Autoridad judicial ó ejecutada en fraude suyo, lo cual quiere decir que los acreedores del marido tienen interés en esa separación; interés que no puede ser otro que el de hacerse pagar su crédito con los frutos de la dote, los cuales, por tanto, pueden ser embargados á falta de pago voluntario.

A pesar de todo esto, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan hacia otras dos opiniones, una de ellas completamente contraria á la que se acaba de exponer, porque sostiene que los frutos dotales no pueden embargarse nunca por los acreedores del marido, y otra ecléctica, porque sostiene que se pueden embargar en parte.

Las razones en que se apoyan los sostenedores de la primera opinión son las siguientes: 1.ª, los frutos dotales no pertenecen al marido, el cual no hace más que percibirlos y administrarlos: 2.ª, los frutos dotales, puesto que sirven para sostener las cargas del matrimonio, son de la familia: 3.ª, la ley impone al marido, respecto de los bienes dotales, todas las obligaciones del usufructuario, pero no añade que tenga también los derechos: 4.ª, si la dote es inalienable, lo es, no sólo en sí, sino en cuanto fructifica y sirve durante el matrimonio para sostener las cargas que de él nacen.

Ninguna de estas razones concuerda con los preceptos legales:

1.ª Según el art. 1899 del Código civil, el marido tiene la administración de la dote durante el matrimonio, y sólo él tiene derecho para obrar contra

Digitized by Google

los deudores y detentadores de la misma, para percibir sus frutos é intereses y para exigir la restitución del capital, y esto basta para deducir que le pertenecen los frutos é intereses dotales. Según el art. 1416, los herederos del marido tienen derecho á la mitad de los frutos de la dote en el último año de matrimonio, y es claro que el Código no les reconocería este derecho si los frutos no pertenecieran al marido durante el matrimonio.

2.ª Según el art. 1388 del Código civil, la dote consiste en aquellos bienes que la mujer ú otro por ella aporta expresamente á este título al marido para sostener las cargas del matrimonio; por manera que este artículo no dice, como se le quiere hacer decir, que los frutos dotales sean de la familia. Pero, aunque lo dijera, siempre tendríamos que el marido forma parte de la familia, y que las deudas por las cuales se procede al embargo de los frutos de la dote, pueden haber sido contraídas para atender á las necesidades de la familia. Además, si los frutos dotales no pueden embargarse por los acreedores del marido, tampoco pueden ser embargados por los acreedores de la mujer ni de los hijos, por donde resultaría que no son embargables por nadie, cuando no son de los declarados como tales por la ley de procedimiento civil, y es sabido que para que una cosa sea exceptuada del embargo, es preciso una disposición legislativa expresa.

3.ª Según el art. 1417, si el inmueble dotal fué arrendado por el marido durante el matrimonio, se observa lo dispuesto para los arrendamientos hechos por el usufructuario, y este artículo indica bastante claramente que el marido tiene también los derechos del usufructuario sobre los bienes dotales de la mujer. Para convencerse más, basta comparar las disposiciones referentes á los derechos del marido sobre la dote con los que se refieren á los derechos del usufructuario sobre las cosas que tiene en usufructo, y se verá que los derechos del uno son semejantes á los del otro, salvo pequeñas diferencias.

4.ª De la inalienabilidad de la dote y de la imposibilidad de embargarla, no se deduce, como consecuencia necesaria, la inalienabilidad de sus frutos y la imposibilidad de embargarlos, sino al contrario. La capacidad de las cosas para ser enajenadas es la regla general, por manera que ninguna cosa puede ser declarada incapaz de enajenación sin una expresa disposición legal. Ahora bien: no existe disposición alguna que declare que los frutos de la dote no pueden enajenarse ni embargarse. Luego si el legislador ha dicho expresamente que la dote no puede ser enajenada, hipotecada ni embargada durante el matrimonio, y no ha dicho otro tanto de sus frutos, debe inducirse que no lo ha querido decir, por la máxima de interpretación *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit.* Además, como las disposiciones relativas á la inalienabilidad de la dote son de naturaleza excepcional, no puede aplicárseles la interpretación extensiva.

Según la opinión que hemos llamado ecléctica, los acreedores del marido

Digitized by Google

sólo pueden embargar aquella parte de las frutos dotales que no son necesarios para las necesidades de la familia, y se funda en que la dote es aportada al marido para sostener las cargas del matrimonio, ó sea para proveer á las necesidades de la familia. Prescindiendo del valor intrínseco de esta opinión, nos limitaremos á hacer notar que tropieza con la dificultad práctica insuperable de la determinación de la parte de los frutos dotales que son menester para las necesidades de la familia, y que, por tanto, no pueden embargarse, y de los que son superfluos y pueden ser embargados, y decimos que esta determinación es imposible, porque nada hay más elástico que las necesidades de una familia.

F. LORDI.

***

De la definición del delito.—*(Archives d'antropologie criminelle,* tomo 8.º, núm. 45, págs. 242-257.)

Todo estudio criminológico presupone una definición precisa del delito, pues de lo contrario, las diferentes personas que se ocupan en criminología, comprenderían cosas muy diversas bajo este mismo término. Ahora bien: ni la definición corriente del delitó qne dan los juristas, ni las recientemente propuestas por Garofalo, Tarde, Durckheim, Corre, etc., satisfacen á esta exigencia, porque no pueden aplicarse á todos los tiempos y todos los lugares.

Para que pueda servir de base á la criminología, como ciencia, el delito debe ser definido *en sí*, en una forma válida en cualquier lugar y en cualquiera época, como en física se definen los estados gaseoso, líquido, sólido, la densidad, etc. Esta definición no debe presumir vituperio ni alabanza para el delito, porque el vituperio y la alabanza para un mismo acto varían según los individuos, los lugares, los tiempos, las circunstancias, etc., y una definición de esta naturaleza es la que vamos á formular.

Ante todo, el delito es *un acto*, una cosa que se hace ó se ha hecho, que se manifiesta ó se ha manifestado. El carácter común de los actos que se pueden designar con la palabra delito es la lesión ó el daño. Tenemos ya un principio de definición: *Todo acto que lesiona es delito.*

¿A quién y qué lesiona? Todo lo que existe está organizado ó no, es decir, tiene vida ó no la tiene. Eliminamos desde luego todo lo que no tiene vida y nos encontramos restringidos á esta definición: *Todo acto que lesiona todo cuerpo organizado que vive con existencia propia, es delito.*

Llámase *individuo* «todo cuerpo organizado que vive ó ha vivido con existencia propia», y por tanto, podemos decir que: *Es delito todo acto que lesiona á un individuo.*

Con esta definición serían delitos los actos nocivos á los vegetales, porque los vegetales son individuos, y como la humanidad no ha llegado toda-

Digitized by Google

vía al refinamiento de considerar como delitos tales actos, es menester precisar la significación del término individuo, restringiéndolo á la serie animal, á la animalidad. *Delito es,* por consiguiente, *todo acto que lesiona al individuo animal.*

El carácter, común á todos los individuos é indiscutible, que puede ser lesionado, es la *libertad,* en el sentido de *libertad de obrar.* Esta *libertad* es una propiedad inherente al individuo y común á todos. Toda traba á esta libertad, todo daño á esta propiedad, es un perjuicio para el individuo, y todos los perjuicios al individuo son supresiones ó restricciones á esta libertad de obrar. Luego podemos concluir diciendo: *se entiende por delito todo acto que lesiona la libertad individual.*

Esta definición es precisa, clara, satisfactoria, general. Ha sido establecida haciendo abstracción de todo concepto de bien ó de mal, de toda idea de infracción de sentimientos, costumbres, leyes. Define el delito en sí, porque se desliga de toda idea colateral: causas, fin, autor, convenciones sociales, reprobación, aprobación, indiferencia. Conviene á todos los tiempos y todos los lugares.

Se objetará quizás contra ella que, por su misma generalidad, permite clasificar entre los delitos casi la totalidad de los actos cuotidianamente cometidos. Esto es verdad, pero no impide que sea adoptada. La objeción de que tratamos nace de la idea general que todo *delito* implica reprobación para el acto y su autor, mientras que la definición que hemos propuesto no presume ningún otro elemento que el acto en sí. La aprobación, la desaprobación, la responsabilidad, la irresponsabilidad, no son elementos ligados con el acto en sí, sino variables, según los tiempos, los lugares y las circunstancias. Si estos elementos entrasen en la definición del delito, no habría medio de estudiar la criminalidad en el tiempo y el espacio, utilizando el método comparativo, tan fructuosamente empleado por los antropólogos.

Quizá se objete también que la definición propuesta, reposando por completo sobre el individuo, no se refiere á los actos que lesionan la colectividad. Esta objeción no tiene valor, porque no se puede concebir un acto que lesione la colectividad sin que al mismo tiempo lesione la libertad de uno ó muchos individuos, no se puede lesionar un todo (colectividad) sin lesionar una parte cualquiera (individuo).

Podría objetarse, asimismo, contra nuestra definición, que, por el hecho mismo de reunirse en sociedad los individuos, son criminales, porque lesionan su libertad de obrar; en otros términos, que toda convención que liga á una colectividad, es criminal. En rigor, esto es exacto, pero no basta para rechazar la definición propuesta, porque no implicando la idea de reprobación, nada importa que las convenciones sociales sean criminales, é implicándola, todo se reduciría á buscar una convención social que lesionase lo menos posible la libertad individual.

Digitized by Google

Por último, se objetará acaso que la definición exagera la importancia del individuo á expensas de la colectividad, y conduce inevitablemente al predominio del primero sobre la segunda, predominio que lleva á la individualización completamente opuesta á la tendencia general de los hombres hacia una solidarización cada vez mayor. Esta objeción descansa sobre la idea errónea de que la individualización es opuesta á la solidarización. Una colectividad es una resultante de un cierto número de individuos componentes. Es evidente que la resultante será tanto más moral, más refinada, cuanto más lo sean sus componentes. La individualización de los componentes es la condición *sine qua non* de esta moralización, de este refinamiento.

En resumen, resulta demostrado que la definición *es delito todo acto que lesiona la libertad individual,* es una base precisa y sólida sobre la cual se pueden edificar estudios criminológicos especiales á ciertas formas criminales, á ciertas especies criminales, á ciertos lugares y á ciertas épocas ó estudios generales, comparativos en el tiempo y en el espacio. Esa definición parece, pues, la única base sólida, propia para la edificación de una criminología científica.

A. Hamon.

Digitized by Google

NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS *

La génesis y la evolución del derecho civil según los resultados de las ciencias antropológicas é histórico-sociales, por *J. D'Aguanno,* introducción de *G. P. Chironi;* traducción española, aumentada con varios capítulos nuevos del autor, por *D. Pedro Dorado Montero;* un tomo de 737 páginas; Madrid, «La España Moderna».

El libro de D'Aguanno, cuyo título encabeza estas líneas, y que acaba de traducir correctamente al español nuestro queridísimo compañero el señor Dorado, es de los que no pueden pasar inadvertidos á los ojos de quien se preocupe por los adelantos científicos en aquellos ramos del saber que constituyen la especialidad de esta REVISTA.

No diré yo que D'Aguanno haya dado con las fórmulas anheladas, llamadas á resolver los gravísimos problemas que entraña la filosofía del derecho, en virtud de la crisis que el positivismo le ha hecho sufrir. Después de todo, acaso no ha llegado el momento de las soluciones. El mismo Spencer, que ha intentado en su libro *La Justicia* sintetizar el positivismo evolucionista del derecho, no ha hecho sino rehabilitar á Kant, comprobando por la observación los principios fundamentales afirmados por el gran filósofo. Pero si el libro de D'Agnanno no contiene las soluciones á que aludo, no por eso deja de ser uno de los libros más interesantes y más dignos de ser leídos detenidamente, entre los muchos que en Italia y fuera de Italia se publican en estos últimos tiempos, con el próposito de fijar los resultados del movimiento científico moderno en las diferentes ramas del derecho y de la sociología.

Realmente, en la situación actual de los conocimientos, toda construcción sintética de las ciencias sociológicas y jurídicas, es un intento precipitado si tiene pretensiones filosóficas demasiado elevadas. Hoy por hoy, lo más que

* De todas las obras jurídicas que se nos remitan dos ejemplares, haremos un juicio crítico en esta Sección de la REVISTA. De las que versen sobre otras materias, pondremos un anuncio en la cubierta de las entregas.

Digitized by Google

puede hacerse, es lo que en definitiva hace D'Aguanno. Esto es, recoger las enseñanzas de todas aquellas ciencias en las cuales las investigaciones modernas han trabajado más y han obtenido más brillantes resultados, y aprovechar todo ese trabajo para mostrar: 1.°, la necesidad de rehacer las ciencias sociales, y especialmente la ciencia del derecho, demasiado alejada hasta poco ha del grandioso movimiento debido á la aplicación de los procedimientos inductivos; y 2.°, los derroteros que en semejante operación conviene seguir.

Considerada de esta manera, es decir, dando el indicado alcance á la obra de D'Aguanno, preciso es convenir en que pocas, de cuantas se han escrito en estos tiempos, reunen las condiciones y los méritos que ella. En primer lugar, es de horizontes más amplios y de contenido más completo que la mayoría de los estudios jurídicos hechos aprovechando el positivismo ó bien aplicando los procedimientos históricos de investigación científica. Ni la de Laveleye sobre la propiedad, ni la de Bachoffen sobre la familia, ni las de Mac Lennan y Morgan sobre las sociedades primitivas, ni las de Lubbock sobre la civilización prehistórica, ni la de Westmerker sobre el matrimonio primitivo, ni las de Geraud Teulon sobre el matrimonio y la familia, tienen la ventaja que la de D'Aguanno, en cuanto no abarcan en conjunto la génesis y evolución de todo un sistema completo de instituciones. Además, si bien los estudios citados son, algunos de ellos, investigaciones más originales, más de primera mano, de mayor inventiva que la obra de D'Aguanno, ésta tiene la ventaja de recoger sus enseñanzas, completarlas entre sí y con los resultados de las obras más generales de los sociólogos, como Spencer, jurisconsultos, como Ihering, etc., etc., para presentar en amplísimo cuadro lo que él llama *La evolución y la génesis del derecho civil.*

Pero veamos, aunque sea en brevísimos términos, el plan desenvuelto por el distinguido autor. Precede á la exposición sistemática que constituye el objeto de la obra, una corta pero interesantísima *Introducción*, en la cual se razona, en primer lugar, la oportunidad y necesidad del trabajo que se emprende y del intento que se realiza, reseñando los riquisimos estudios que en las ciencias fisiológicas, en la anatomía comparada, en la zoología, en la etnología, y sobre todo, en la antropología, determinan la crisis profunda de los ideales humanos en aquellas otras ciencias que se refieren á los problemas del órden moral, jurídico y social. En la misma Introducción se asienta el carácter antropológico del derecho filosóficamente considerado, señalando los elementos que para su estudio importa hoy tener en cuenta, si se ha de conseguir que el espíritu general científico se infunda por sus dominios, renovándolo y poniéndolo en consonancia con las tendencias que en las ramas del saber humano antes citadas reina ya casi por completo. La fijación del propósito, prudente en extremo, del libro, es la última parte de esta Introducción.

Digitized by Google

El desarrollo completo de la exposición ó plan del contenido de la obra, comprende dos partes: una *general* y otra *especial*. La *general* puede decirse que no cae en sentido estricto bajo el título del libro; pero no podía hacerse la investigación fundamental que entraña sin el examen de las cuestiones que abarca la parte general; comprende ésta, en efecto, la *génesis y evolución del derecho en general*, es decir, el precedente imprescindible de la parte *especial*, sobre todo, si se tiene en cuenta que el criterio antropológico que en ésta se sustenta responde á una concepción modernísima del derecho, apenas si formulada aún, y que no podría darse por supuesta al tratar sólo del derecho civil ó de cualquier rama particular del derecho. Esta *parte general* comprende dos cuestiones fundamentales, á saber: 1.ª, la *investigación genésica del derecho*, esto es, la investigación de cómo el derecho se genera en la naturaleza del hombre, considerada desde el punto de vista de la antropología, de la ética y de la psicología, y de cómo se genera el sentimiento jurídico en el medio social; 2.ª, el derecho á través de la evolución histórica, esto es, la determinación de las leyes que gobiernan la vida del derecho, considerado éste en su substantividad.

La *parte especial*, que es la que ocupa la mayor parte del libro, comprende en concreto el objeto mismo que su título enuncia. En efecto, trátase en ella de la *génesis y evolución de las instituciones del derecho civil*. Esta parte hállase dividida natural y lógicamente en secciones, cada una de las cuales abarca uno de los sistemas *institucionales* de los diferentes objetos que forman el contenido particular del llamado derecho civil. Sabido es que éste comprende, con uno ú otro nombre, siguiendo este ó aquel procedimiento, *las personas, la familia, la propiedad, las sucesiones* y *las obligaciones*. Pues bien: el señor D'Aguanno dedica á cada uno de sus capítulos un estudio especial respectivamente del fundamento científico de la institución, de su génesis, de su evolución histórica y de las aplicaciones prácticas del estudio científico de la institución de que se trata. Por supuesto, poniendo á contribución los conocimientos más modernos, las ideas últimas, las hipótesis más atrevidas, y formulando las aspiraciones que conceptúa el autor más justificadas.

Mucho siento que los límites necesariamente estrechos de esta nota bibliográfica no me permitan detenerme á exponer y criticar los diferentes puntos de vista mantenidos por D'Aguanno. Si dispusiera de lugar suficiente, mucho podría decir acerca de sus conceptos fundamentales del derecho, tan discutibles á mi ver, así como diría algo acerca de su manera de considerar la génesis primitiva de la familia. Pero me es imposible hacerlo, en este sitio al menos, así que me limito á lo expuesto y á recomendar el estudio de este libro á los civilistas españoles, y á cuantos quieran ponerse al corriente de las últimas tendencias científicas en filosofía del derecho y en el derecho civil, así como á felicitar calurosamente al ilustrado traductor espa-

Digitized by Google

fiol, mi queridísimo amigo Dorado, por la buena obra que hace al poner al alcance de todos los lectores españoles libro tan importante y tan útil como el de D'Aguanno.

ADOLFO POSADA,
Catedrático de Derecho político y administrativo
de la Universidad de Oviedo.

Leonardo Restano.—**La negazione del libero arbitrio e la responsabilità penale. Catania, 1893; dos folletos, dos liras.**

Por la lectura del título de estos opúsculos se comprende bien cuál puede ser la materia en que se ocupan, á saber: la tan debatida cuestión de la existencia ó no existencia del libre albedrío humano y la posibilidad ó imposibilidad de fundar una teoría penal sobre otras bases que sobre el referido albedrío. Con saber esto y con saber, además, que el autor es un italiano, hay datos suficientes para inducir, con grandes probabilidades, que en la obra de que se trata ha de discutirse la teoría de la escuela penal llamada «positiva» y «antropológica», la cual, como es sabido, prescinde, para fundar la imputabilidad y la consiguiente responsabilidad, del libre albedrío, cuya existencia niega. Actualmente, en Italia—y bastante de esto ocurre también en otros países—puede decirse que los secuaces de la nueva escuela, y más aún sus adversarios, gastan sus fuerzas, más que en investigaciones independientes, imparciales, objetivas, en defender sistemáticamente su propio punto de vista y en atacar, también sistemáticamente, *opportune et importune*, el punto de vista y las afirmaciones contrarias. Por eso una gran parte de los escritos sobre materias penales tienen carácter polémico y dejan de ser trabajos de rigorosa y severa indagación científica.

Mucho de esto ocurre con los opúsculos del profesor Restano, el cual, lo mismo que en otros anteriores (*I rei d' ingiuria, diffamazione e libello famoso secondo la scuola positiva di diritto penale*, Catania, 1890; *Sociologia e diritto penale*, Catania, 1890; *Il carcere preventivo e la nuova scuola di diritto penale*, Catania, 1891), de lo que principalmente se cuida es de combatir á los penalistas de la nueva escuela, á los llamados sociólogos criminalistas. Desde las primeras páginas de su disertación ha lugar á sospecharlo, puesto que dice: «... Habiendo aparecido al lado de la llamada escuela clásica de derecho penal, otra escuela (ella, por lo menos, como tal se ha bautizado), la cual ha puesto como fundamento de sus propias doctrinas la negación del libre albedrío humano, se hace preciso comenzar por investigar la existencia de este último, para poder hacer después el estudio de aquéllas»; y en efecto, puede decirse que ambos folletos no son otra cosa sino una continuada discusión de las afirmaciones hechas por los nuevos criminalistas en punto á la cuestión concreta del libre albedrío y de la responsabilidad penal.

Digitized by Google

El trabajo se compone de dos partes: en la primera trata la cuestión del libre albedrío; en la segunda, la de la responsabilidad penal: en aquélla recopila las principales razones que suelen aducirse en favor de la existencia del libre albedrío y se hace cargo de algunas objeciones contra el mismo; en ésta lo que principalmente hace es discutir la teoría de la responsabilidad penal, según los positivistas.

El autor desde luego no comulga en las doctrinas de estos últimos, pero tampoco en la teoría de la libertad absoluta, á la cual combate; su puesto está entre los partidarios del llamado, principalmente por Siciliani, *indirizzo medio*, esto es, entre los partidarios de una libertad *que se hace gradualmente libre*, de una libertad que *no es la única causa* de nuestros actos, sino una causa coeficiente con otras á la producción de éstos, de una libertad que más que positiva es negativa, ó sea la «energía propia del hombre, en virtud de la cual le es dado *resistir* á los diversos motivos de determinación, ó mejor la fuerza apta para contrapesar las otras fuerzas ó motivos que, *en concurrencia con ella*, determinan el obrar humano».

El juzgar la verdad que haya en esta posición y la tendencia á conciliarla, como el autor hace, con la temibilidad del delincuente como criterio de penalidad (propuesto, según es sabido, por la escuela positiva) no es propio de este sitio.

***

Eugenio Florian.—**La teoria psicologica della diffamazione,** *studio sociologico-giuridico, con prefazione di Enrico Ferri.*—Un volumen (de la *Biblioteca antropologico-giuridica)* de XII-186 páginas, 4 liras. Torino, Fratelli Bocca, editori.

El asunto tratado en este libro lo había sido ya por los autores de materia penal, pero ahora el doctor Florian lo ha estudiado desde un punto de vista que puede muy bien llamarse nuevo, ó sea desde el punto de vista de la escuela positiva. Así que se investiga la responsabilidad de los difamadores, no en vista tan sólo del hecho mismo de la difamación objetivamente considerado, sino principalmente en vista del *fin* que al difamar se propusieron, es decir, en vista de los *motivos* que les guiaron en la realización del hecho. Si estos motivos fueron buenos, sociales, entonces el difamador queda libre de responsabilidad, porque no es un ser *peligroso*, sino útil á la sociedad; si, por el contrario, tales motivos fueron antisociales, egoístas, antijurídicos, entonces merece que se le aplique la pena, porque demuestra ser un *peligro* para la vida social.

Esta es la tesis fundamental del libro, tesis que el autor desarrolla luminosamente y con gran erudición, haciéndose cargo de todas las hipótesis

Digitized by Google

que pueden presentarse y discutiendo las opiniones de los autores y las decisiones de la jurisprudencia tocante al asunto. Dichas hipótesis son las seis siguientes, con la solución que les da el autor: *a)* El hecho difamatorio es verdadero, subjetiva y objetivamente, y el difamador lo imputa con fin bueno,—impunidad; *b)* el hecho es verdadero, subjetiva y objetivamente, y el difamador lo imputa con fin y por motivos malos,—pena; *c)* el hecho es verdadero sólo subjetivamente (buena fe) y se imputa con buen fin,—impunidad; *d)* el hecho es verdadero sólo subjetivamente, y se imputa con mal fin y perversos motivos,—pena; *e)* el hecho es verdadero sólo objetivamente (falso subjetivamente, fin necesariamente malo),—pena; *f)* el hecho es falso subjetivamente y objetivamente (fin necesariamente maló),—pena.

Conforme con su criterio, el autor exige, no sólo que en la difamación, injuria, etc., se admita siempre la prueba del hecho, y en tal concepto censura, á mi modo de ver con razón, á aquellos códigos que, como el nuestro, no admiten la prueba, sino que sobre todo se haga la investigación de los motivos que impulsaron al autor de la difamación á hacerla, pues si estos motivos son legítimos, aunque el hecho sea falso objetivamente, no merece pena, y por el contrario, aunque el hecho sea verdadero, objetiva y subjetivamente, si lo imputa por malos móviles, es responsable.

Además de la teoría propiamente tal de la difamación (concepto del *animus injuriandi*, estudio del mismo en el código italiano y en otros, examen de los motivos que excluyen el *animus injuriandi* y examen de la cuestión de la *exceptio veritatis*, ó sea de la prueba de la verdad del hecho), contiene el libro otros dos capítulos (VI y VII), en los cuales, aparte de otras cuestiones menores, trata, en el primero (VI), de la cuestión del resarcimiento de daños y perjuicios en materia de difamación y de la cuestión de si existe ó no una difamación procedente de culpa, y en el segundo (VII), de las categorías de los difamadores, estudiando al efecto la difamación en la mujer en general y en las histéricas, en los desequilibrados *(mattoidi)*, en los menores, en los delincuentes habituales, etc., y combatiendo la opinión reinante en la escuela positiva, que cree que los difamadores son delincuentes de ocasión. Florian sostiene que la mayor parte de los verdaderos difamadores son delincuentes peligrosos, con tendencias antisociales.

El trabajo del joven autor nos parece excelente, muy bien pensado, muy bien metodizado, muy bien escrito. Más que una tesis doctoral, con todos los defectos propios de éstas, parece la obra de un hombre experimentado y maduro. Aquí podría perfectamente aplicarse lo de que «ha comenzado por donde muchos quisieran concluir».

Entre otras reflexiones que la lectura de *La teoría psicológica de la difamación* nos ha sugerido, nos parece oportuno apuntar las dos siguientes: 1.ª, la necesidad de dar cada día mayor latitud al arbitrio judicial en la administración de la justicia penal, para que los Tribunales puedan conocer de ciertos

Digitized by Google

hechos difamatorios que reprueba la conciencia pública, y que, sin embargo, no pueden perseguirse por no estar taxativamente comprendidos en el Código *(nullum crimen sine lege)*, ó al contrario; 2.ª, la necesidad de distinguir entre la pena propiamente dicha y la reparación del daño causado, la primera de las cuales mira al porvenir, esto es, tan sólo á *prevenir futuros delitos*, y la segunda al pasado, esto es, á *restaurar*, en cuanto sea posible, la perturbación producida por el delito. El no haber hecho esta distinción y el haber considerado, por tanto, que la indemnización de perjuicios es una verdadera pena (lo cual no es exacto) (1), es lo que ha obligado á Florian á rechazar la obligación de reparar el daño (aunque sea daño moral) en los casos de no responsabilidad penal de los difamadores, ó sea en los casos de difamación hecha por motivos buenos y legítimos, y á incurrir en el vulgar error de creer que la responsabilidad civil es una consecuencia de la penal y que la una no puede existir sin la otra.

PEDRO DORADO,
Catedrático de la Universidad de Salamanca.

Instituciones de Derecho Mercantil, por *D. Pedro Estasén*, Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona.—Tomo 5.º, Parte legislativa.—Madrid, imprenta de la REVISTA DE LEGISLACIÓN, 1893.—Un vol. en 8.º de 519 págs.

Tan variada como importante es la materia contenida en este tomo 5.º, último que dedica el Sr. Estasén al estudio de la legislación y de la jurisprudencia mercantiles de España.

Con idéntico criterio y bajo el mismo aspecto teórico-práctico que la REVISTA ha hecho notar al dar cuenta de los tres volúmenes anteriores (2), el autor de las *Instituciones de Derecho mercantil* expone la doctrina contenida en los Códigos de 1829 y 1885 y en la legislación complementaria, y que se refiere á los *Contratos mercantiles que indistintamente tienen relación con el comercio terrestre ó con el marítimo* (el arrendamiento de servicios en sus varias manifestaciones, la prenda, la hipoteca, el seguro y el convenio del comerciante suspenso ó quebrado con sus acreedores); á las *Suspensiones de pagos* y á las *Quiebras*; á las *Prescripciones* y á la *Suspensión de los plazos señalados en el Có*

---

(1) Acerca de esta distinción entre la reparación del daño producido por el delito y la pena, véase mi *Estudio crítico* puesto al frente de la traducción española de la *Indemnización á las víctimas del delito*, de Garofalo.

(2) Véanse los tomos 79, pág. 616; 81, pág. 460, y 83, pág. 147 de la REVISTA. La noticia crítica del primer volumen, comprensivo de la *Parte histórica*, se insertó en el tomo 78, pág. 100 de la REVISTA.

Digitized by Google

digo para el ejercicio de las acciones; á la *Jurisdicción* y al *Orden de proceder en negocios de comercio,* y á las *Instituciones que á éste protegen y le fomentan* (Juntas de Comercio, Sociedades económicas de Amigos del País, Cámaras de Comercio, etc.), terminando este variado cuadro con un *Apéndice* relativo á la antigua *Comanda* en Derecho catalán, con el examen crítico de la ley de 21 de Agosto de 1893, que regula la *Hipoteca naval,* y con la determinación de los principios generales que presiden las *Sucesiones mercantiles.*

Gran conocedor el Sr. Estasén de nuestro derecho positivo, presenta—como hemos reconocido con ocasión del anterior volumen—las más interesantes cuestiones prácticas que el Derecho mercantil privado y el Derecho administrativo comercial encierran, y las resuelve con prudente criterio, acudiendo á la ley, á las decisiones de nuestra jurisprudencia y á la doctrina de los jurisconsultos, demostrando á cada momento erudición poco común y extensos conocimientos de literatura jurídica.

Reconociendo estos indisputables méritos, que adornan una exposición tan completa de las instituciones comerciales como lo es esta, que abarca todos los aspectos privado y público del derecho, no podemos menos, sin embargo, de lamentar, de una parte, el injustificado desdén con que el señor Estasén mira, bajo el punto de vista del derecho constituyente, institución tan importante como lo es la hipoteca naval, y de otra, la dificultad que ofrece el hacerse cargo del conjunto de nuestro derecho positivo, por las deficiencias que encontramos en el plan general que desarrolla en la parte legislativa; plan general que, al separarse—como la naturaleza misma de la exposición lo exige—del método predeterminado, hay necesidad de presentar con la mayor claridad y precisión posibles.

De todos modos, el Sr. Estasén merece, por su notable trabajo, nuestros más sinceros plácemes.

***

R. Universitá di Catania.—**Annuario dello Istituto di Storia del Diritto romano** (1891 92). Catania, Tip. dell' *Etna,* 1892; un vol. en 8.º, d. pág. 106.

Los estudios de Historia del Derecho han tomado en Alemania, Italia y Francia tal desenvolvimiento é importancia que, merced á ellos, va reconstruyéndose la vida entera del Derecho en los antiguos pueblos del Oriente, Grecia y Roma, y en la Europa medio eval y moderna, y conocemos y podemos apreciar, con la atención debida, los diversos elementos que han integrado esa incesante evolución progresiva que ha engendrado la esplendente civilización jurídica de nuestro siglo. Unicamente España parece, por desgracia, cada día más alejada de ese gran movimiento científico, y los esca-

Digitized by Google

sos cultivadores de la Historia del Derecho patrio somos mirados por nuestros, *soi dissant*, grandes jurisconsultos, como seres completamente inútiles en la república de las letras. Y, aquí, donde no se conoce institución científica alguna—ni siquiera una Revista—para el estudio de la Historia del Derecho, causa verdadero asombro el ver que se ha creado al amparo de la Universidad de Catania un *Istituto di Storia del Diritto romano*, y que esta fundación publica Anuarios que son un fiel reflejo de su actividad científica.

Y de verdadera importancia es el *Annuario* (1891-92) que motiva estas mal pergeñadas líneas.

El primer documento que contiene es un hermosísimo *discurso* pronunciado el 16 de Enero de 1892 por el Director del Instituto, el eminente profesor Antonio Zocco-Rosa, para honrar la memoria de uno de los más insignes historiadores del Derecho que ha producido la Inglaterra contemporánea, Henry James Sumner Maine. No sé qué admirar más, si el derroche de elegancia y gentileza del estilo, ó la profundidad de pensamiento contenida en ese brillante estudio del hombre y del escritor que constituye la necrología citada.

Encontramos, en seguida, catorce resúmenes de otras tantas memorias ó trabajos hechos por algunos de los miembros del Instituto durante el curso de 1890-91. He aquí sus epígrafes:

I. *Il problema delle origini del Diritto romano secondo la scienza moderna.*—Memoria del membro-allievo, RAFFAELE GUELI.

II. *Intorno all' influsso del Cristianesimo sul Diritto romano privato.*—Memoria del membro-allievo, ENRICO PUNZI.

III. *Sull' istituto dell' ospitalità.*—Dissertazione del membro-allievo, ISIDORO MODICA.

IV. *Dell' influsso giudiziario dei Pontifices sulla procedura civile di Roma antica secondo Bechmann.*—Comunicazione del membro-allievo, ISIDORO MODICA.

V. *Lo Statuto del Castello di Nemi.*—Comunicazione del membro-allievo, I. MODICA.

VI. *D' una Summa Codicis in lingua provenzale e delle comunicazioni preliminari fatte dal prof. Fitting all' Accademia di Scienze di Berlino*, per I. MODICA,

VII. *Sugli accensi velati.*—Studio del membro-allievo, GIUSEPPE RICCIOLI.

VIII. *Sulle origini del testamento romano.*—Memoria del Dott, GIOVANNI LEONARDI.

IX. *Sugli studi del Casati intorno alle pretese origine etrusche del Diritto romano.*—Nota critica del membro-allievo, F. PARANINFO FARACÍ.

X. *Sulle opinioni di Leitst e di Muirhead intorno alla genesi della «sponsio».*—Memoria del membro-allievo, SPIRIDIONE BONANNO.

XI. *Le «leges sumtuariae» e le nuove ricerche del Prof. Voigt sulla «lex Cornelia sumtuaria».*—Memoria del membro-allievo, LEMOLÍ.

XII. *Ad D. I, 4, 2, § 47. Sull' attendibilità della testimonianza di Pomponio*

Digitized by Google

intorno alla genesi delle due sètte de' Proculeiani e de Sabiniani, per le Dott. L. LICARI.

XIII. *Il libro di diritto di Tubinga edito da Max Conrat secondo i manoscritti.* —Notizia del membro allievo, I. MODICA.

XIV. *Sull' origine dei «Quaestores».*—Memoria del membro allievo, A. FAZIO.

Algunos de estos trabajos tienen un gran interés para cuantos se dedican á los estudios histórico-jurídicos, como sucede con el que lleva el número 6.°, toda vez que en él se trata de una *Summa Codicis* en lengua provenzal de la que existen mss. de los siglos XII, XIII, XIV y XV, y dos traducciones en francés antiguo, obra que tendia evidentemente á una exposición popular ó á una divulgación del derecho, como lo prueba el estar escrita en lengua vulgar y que Fitting considera se publicó en Arlés en 1149 de Jesucristo.

A estos *resúmenes* siguen los *extractos* de once *conferencias* dadas durante el citado curso y que versan acerca de interesantes cuestiones jurídicas, y finalmente, bajo el título *Actualidades científicas*, se incluyen las cuatro siguientes *comunicaciones* del Director Prof. Zocco-Rosa.

I. *Le «minores gentes» ed i «patres minorum gentium» secondo le nuove indagine del Prof. V. Casagrandi.*

II. *D' una nuova ricostruzione dell' articolo di Festo. «Novem... (combusti)».*

III. *Le glose di Gualcausus alle Istituzioni, contenute nel Ms. 328 dell' Archivio municipale di Colonia.*

IV. *La Costituzione ateniense di Aristótele recentemente scoperta.*

Tal es á grandes rasgos el contenido del Anuario que refleja la poderosa actividad científica del *Istituto di Storia del Diritto romano* de Catania durante el curso de 1891-92.

Frammenti giuridici e osservazioni al Codice civile, del giureconsulto *Vincenzo Villari* (1813-1877), con commemorazioni di illustri giureconsulti.—Roma, Fratelli Bocca, 1891; un vol. in 8.° d. m., pág. I-XXXVIII, 1-308.

En 1835 dióse á conocer en el Foro napolitano con su primera defensa un joven, pequeño de cuerpo, pero grande de ingenio, de antiguo abolengo español, que llevaba un ilustre apellido, y en quien todos preveían un gran jurisconsulto, un orador brillante y un abogado insigne. Bien pronto Vincenzo Villari fué una de las indiscutibles glorias del Foro italiano, y Nápoles saludó con el nombre de *pequeño Bartolo* á aquel sabio jurista que, penetrado de su sagrada misión de vindicador de la justicia, durante su larga carrera forense—murió el 21 de Febrero de 1877—rindió siempre tributo á

Digitized by Google

los principios fundamentales de la ciencia, y tuvo el arte sublime «de no sofocar al jurisconsulto bajo la toga del abogado».

Sus hijos Francesco y Luigi Antonio, en justo acatamiento al imperioso deber de honrar la memoria de su ilustre padre, han publicado en el décimocuarto aniversario de su llorada muerte algunos *Fragmentos jurídicos* de sus numerosas alegaciones judiciales y las *Observaciones al Código civil,* que redactó como Secretario que fué de la Comisión de jurisconsultos napolitanos.

He aquí el libro que motiva esta brevísima noticia crítica.

Cuando el abogado y el jurisconsulto se compenetran; cuando viven en íntimo consorcio el sagrado culto á la ciencia del Derecho y el generoso impulso que engendra la ardiente y entusiasta defensa del cliente; cuando se conoce la naturaleza esencial de las instituciones jurídicas, y se penetra con decisión firmísima en esa realidad de la vida que se desenvuelve ante los Tribunales de justicia, necesario es desentrañar de las tesis forenses las brillantes concepciones que las dieran vida, y de inmenso valor científico es hacer ver de qué manera los principios han informado la práctica del Derecho, y de qué modo particular le ha vivido y realizado determinado pueblo y determinada generación. Que en los documentos relativos á la aplicación del derecho, es donde mejor que en los Códigos se puede estudiar y comprender la historia jurídica de un pueblo.

Por eso son de importancia suma las publicaciones de esa índole, y debemos procurar que las alegaciones judiciales de nuestros grandes jurisconsultos-abogados no perezcan olvidadas bajo el polvo devastador de los archivos. De esta manera, los hermanos Villari no sólo han rendido un merecido homenaje á la memorie del insigne jurisconsulto que les dió el ser, sino que han prestado al propio tiempo un verdadero servicio á su país, aportando nuevos elementos para la historia jurídica de Italia.

Las cuestiones jurídicas entresacadas de los muchos volúmenes de alegaciones redactadas por Vincenzo Villari durante su gloriosa carrera forense, como escritas antes y después de la redención de su patria, refiérense al antiguo y al nuevo derecho italiano. Así, al lado de cinco interesantes *Cuestiones de derecho feudal,* que muestran los profundos conocimientos que en Historia del Derecho poseía el ilustre jurisconsulto napolitano, y del notable estudio acerca de la *buena fe y del justo título como requisitos de la prescripción de treinta y cuarenta años* en el Derecho romano y en la antigua legislación del reino de Nápoles, se encuentra el examen de las *formalidades exigidas por el Código del reino de Italia en los artículos 702 y 804 para la validez del testamento cerrado* (segreto) *escrito por un tercero.*

Además de estos opúsculos, se incluyen en el preciado libro que da ocasión á estas líneas, otros varios, como son: *Origen de la colonia ó arrendamiento perpetuo y condiciones necesarias para su prueba; La prueba de testigos en las cuestiones de estado civil; Los medios tutelares de la posesión; La acción* ex empto *en el*

Digitized by Google

caso de evicción; La rescisión por lesión en materia de división hereditaria; Revista de las prescripciones de la antigua y novísima legislación, respecto al derecho de acrecer en las sucesiones y en los legados; El derecho de uso y de presa en las aguas públicas; El recurso de apelación en ciertas sentencias; y por último, tres estudios interesantísimos acerca de los derechos de los hijos ilegítimos, á saber: *Los efectos del reconocimiento voluntario y de la declaración jurídica de la filiación natural; El derecho del hijo natural á la herencia del padre y de la madre en el Código francés y en las leyes civiles napolitanas;* y *Los casos en que puede hacerse efectivo el derecho á los alimentos de los hijos incestuosos y adulterinos.* A estos trabajos debemos añadir la preciosa monografía acerca de *La investigación de la paternidad,* que se incluye en el *Apéndice,* y que, escrita también para ser producida ante los Tribunales, hace años fué publicada en el *Foro Abruzzese.*

En todas estas cuestiones, descúbrese, al lado del experto abogado que utiliza todos los argumentos y previene todas las objeciones, el sabio y concienzudo jurisconsulto que procura penetrar en el fondo de las instituciones, desentrañando su esencial naturaleza, y que, con una altesa de miras digna del más entusiasta aplauso, no consiente, ni en hipótesis, el sacrificio de sus convicciones científicas, que trata de llevar á todas partes el espíritu del derecho de que todo su ser está infiltrado, y que no tiene ni otro pensamiento ni otro ideal que el triunfo de la verdad y de la justicia. Poseía Villari en el más alto grado esa ciencia del Derecho positivo que tan brillante y hermosamente desenvolvieron los jurisconsultos romanos, y que hoy menosprecian y olvidan nuestros modernos rapsodistas de textos legales, infelices leguleyos, conocedores á lo sumo del mecanismo externo de los códigos. Así es que la lectura de esos preciosos opúsculos, arrancados de extensas alegaciones judiciales, puede servir de profunda y provechosa enseñanza, no solo á los jóvenes juristas, sino á cuantos consumen su actividad en el estudio del Derecho.

El resto del libro está constituído por las *Observaciones al proyecto de Código civil del reino de Italia presentado al Senado por el Ministro Miglietti el 9 de Enero de 1862,* observaciones redactadas por Vincenzo Villari como Secretario de la Comisión de jurisconsultos napolitanos, nombrada por el Ministro Pisanelli y presidida por el ilustre Magistrado Niutta. Estas *Observaciones,* preciado conjunto de oportunísimas indicaciones críticas, en las que Villari refleja perfectamente el espíritu de la Comisión, y las distintas tendencias que en determinadas cuestiones se dibujaran en su seno, son de la más alta importancia y utilísimas á los cultivadores del Derecho civil, porque constituyen un verdadero comentario y una imparcial y razonada crítica de todas las instituciones desenvueltas en el Código italiano. Finalmente, sirven de complemento á los *Fragmentos jurídicos* y á las *Observaciones,* algunas *Máximas* entresacadas de los escritos de Villari, algunos *Apuntes de oraciones forenses* arrancados de su cuaderno de anotaciones y un borrador de *una carta* en la que el eminente ju-

Digitized by Google

risconsulto da su parecer acerca de un trabajo jurídico y contesta á varias preguntas relativas á Derecho público.

Tal es el libro editado por Francisco y Luis Antonio Villari, en justo homenaje á la gloriosa memoria de su ilustre padre, y en el que insignes jurisconsultos como Gabba, Pessina, Raffaelli, Landolfi, Correra, Masucci, Gianturco, Estelrich y Zanardelli, han unido, al tierno lenguaje que la piedad y el cariño filial inspirara, sentidas frases de profundo respecto y de admiración entusiasta.

RAFAEL DE UREÑA Y SMENJAUD,
Catedrático de Literatura jurídica en la Universidad Central.

Código civil español, comentado y concordado con las legislaciones forales, jurisprudencia del Tribunal Supremo y algunos Códigos de Europa y América, por *D. León Bonel y Sánchez*.—Cuatro tomos, 33 pesetas en Barcelona y 35 en las demás provincias. Apéndices al Código; 1893.

La obra jurídica del Sr. Bonel y Sánchez representa un asiduo y detenido trabajo sobre el nuevo Codigo civil de España, que como los tan conocidos *Comentarios* del Sr. Manresa y Navarro, evidencia el progreso indudable de la ciencia del Derecho en nuestra patria.

Plausible es, en efecto, que jurisconsultos de valía consagren las poderosas iniciativas de su inteligencia á tan penosa labor como la de estudiar en la altura de sus principios la ley escrita, desenvolviendo las naturales cuestiones que la aridez de los textos legales ofrecen, por medio de explicaciones doctrinales, fruto de detenida meditación y del estudio comparativo con los Códigos extranjeros, donde á veces se encuentra solucionada la duda que preocupa el ánimo al analizar nuestra legislación nacional. Alguien, con dudosa oportunidad, ha pretendido, sin embargo, poner en duda la conveniencia de los comentarios á las leyes positivas; porque no hay teoría, por aventurada que ella sea, que en la versatibilidad de los juicios humanos no tenga sus partidarios.

Y es claro, si por comentario se entiende una paráfrasis incoherente del texto, y algo así como rebuscar cuestiones más ideales que prácticas, poniendo el ánimo del jurisconsulto en la situación vacilante de quien nada afirma porque todo lo duda, la tésis no deja de tener fundamento. Pero cuando al Letrado, abrumado por el incesante y perentorio estudio de los diarios negocios, y al Juez y al Magistrado, constreñidos por la urgencia inevitable de los términos, les ofrece el comentarista la doctrina jurídica concerniente al caso, les indica las leyes que, como en concordancia con la comentada, deben en el

Digitized by Google

acto consultar, y sirviéndose, además, el autor de un estilo claro y conciso, les lleva como por la mano á solucionar con el criterio de la verdad—que como propio de la razón individual, es por ello de común sentir—las dudas surgidas, el comentario es útil por todo extremo.

El libro del Sr. Bonel responde á tales condiciones. La exposición doctrinal es clara y exenta de enojosas digresiones; la opinión del comentarista sobre puntos dudosos es terminante y explícita, adecuada la concordancia con las leyes forales y extranjeras, y la referencia á textos relacionados con el Código muy oportuna y exacta.

Terminada como lo está la obra, la publicación adicional sistematizada en diversas secciones, que en forma de entregas por suscripción fija continúa publicando el Sr. Bonel con la valiosa colaboración de varios jurisconsultos, completa el trabajo de análisis de nuestro Código civil. La REVISTA, siempre propicia á recomendar los estudios jurídicos de provechosa y general utilidad, tributa su modesto aplauso á la importante publicación que en Barcelona, y bajo la inteligente iniciativa del Sr. Bonel y Sánchez, continúa consagrándose al estudio del Código civil por medio de *Apéndices*, divididos en secciones de doctrina, leyes complementarias, jurisprudencia civil é hipotecaria, cuestionarios y fueros.

***

Memoria elevada al Ministro de Gracia y Justicia sobre reformas en las leyes de Enjuiciamiento civil y criminal y en la del Jurado, por la Academia de Derecho de Barcelona; 1893.

Contestando la Academia de Barcelona á la Real orden circular de 24 de Marzo de este año, en la cual el Ministerio de Gracia y Justicia demandaba de las Audiencias, Academias y Colegios de Abogados su opinión acerca de las alteraciones que en las leyes procesales parecían indicadas, el estudioso jurisconsulto D. León Bonel presentó á la Academia de Derecho de Barcelona una notable Memoria, que examinada por una Comisión del seno de tan docta Corporación, fué aceptada en su totalidad. Unicamente se hizo constar que la exposición de las opiniones de la Academia respecto á las leyes de procedimiento no debía en manera alguna perjudicar los derechos que Cataluña entendía tener á conservar sus Fueros, ni en nada habría de contrariar el espíritu del art. 12 de Código civil.

El Sr. Bonel ha publicado tan importante Memoria en los Apéndices á su obra *El Código civil*, Apéndices que periódicamente ven la luz en Barcelona, con gran aceptación de los jurisconsultos españoles.

***

Digitized by Google

Daños y perjuicios. El art. 4037 del Código civil de Buenos Aires, por el *Dr. D. Carlos Malagarriga;* 1893.

Con motivo de un juicio civil declarativo contra las Empresas del Ferrocarril de Buenos Aires y la del Tramvay de la propia ciudad, el Dr. Malagarriga ha publicado un interesante folleto, conteniendo las alegaciones de derecho y la sentencia recaida en 23 de Mayo último, confirmatoria de la de primera instancia, en cuanto se declara en ella la responsabilidad de las Compañías y la consiguiente indemnización de los perjuicios producidos. El estudio del Dr. Malagarriga es un trabajo analítico de innegable valor acerca de la materia de responsabilidad civil por actos imputables á las personas ó entidades jurídicas, según los principios que informan la teoría jurídica de la culpa, así como en lo relativo á la prescriptibilidad de la acción otorgada á los damnificados, y tiempo desde que aquélla empieza á contarse.

Felicitamos muy sinceramente al Dr. Malagarriga por el mérito de sus alegaciones forenses, así como á los dignos Jueces y Magistrados que, después de un concienzudo estudio del asunto, pronunciaron un fallo de acuerdo con las pretensiones de tan entendido Letrado, fallo que significa una autorizada interpretación del art. 4037, en relación con los 1068 y 1109 del Código civil argentino.

***

Estadística de la Administración de justicia en lo civil durante el año 1891.—Madrid, 1893; precio: 3 pesetas 50 céntimos.

En cumplimiento del Real decreto de 1.° de Enero de 1887, ha publicado el Ministerio de Gracia y Justicia los trabajos que durante el año de 1891 se han realizado en España por los Tribunales de lo civil.

La estadística se ha dividido en cuatro partes, según el orden jerárquico de los Tribunales españoles, precediendo á cada uno de aquellos datos muy valiosos, referentes á organización y atribuciones, ilustrando á dicho trabajo 15 cuadros que le sirven de complemento.

Damos en nombre de la REVISTA muy expresivas gracias al Sr. Ministro por la atención de remitir á la misma un ejemplar esmeradamente impreso en la tipolitografía de Miñón é Hijos.

Folletos y Revistas.

D. Julián E. Blanco ha publicado en forma de carta un elegante folleto, que es en realidad un erudito estudio acerca del proyecto de ley sobre reforma del gobierno y administración civil en Cuba y Puerto Rico. Contiene la carta el juicio crítico, muy discreto por cierto, sobre las seis bases del Proyecto del actual Ministro de Ultramar, á cuyas valiosas iniciativas hace merecida justicia el autor del folleto.

Digitized by Google

También D. Eusebio de Cariaga, Abogado del Colegio de Bilbao, ha dado á luz en forma de folleto el escrito de calificación provisional presentado á su nombre con motivo del proceso que se le sigue, por suponerle autor de los delitos de injuria y calumnia á la autoridad. La índole especial del asunto, y el respeto que nos merecen las decisiones de los Tribunales, nos vedan ocuparnos del asunto, deseando tan sólo que nuestro compañero el Sr. Cariaga obtenga en su día un fallo absolutorio en la causa á que viene sometido.

Revistas americanas.

Con el título de *Revista judicial*, ha empezado á publicarse en Buenos Aires un periódico mensual de legislación y jurisprudencia. Contiene el número que hemos recibido excelentes artículos sobre Sociedades anónimas, Código civil y penal, Administración, etc., por los Doctores Calixto S. de la Torre, Posse, Segovia, R. González, C. Malagarriga, Mendoza, Quintana, Justus, Laribal y Peyret.

También continúa su publicación la *Revista del Foro* en la Habana, apareciendo en su último número trabajos sobre derecho internacional privado, por el Sr. Bustamante; Derecho civil, por Carlos Revilla, y Derecho marítimo, por L. Valverde.

***

Tratado de Medicina legal, por el *Dr. Eduardo R. Von Hofmann*; segunda edición española, traducida de la quinta alemana, por *D. Gaspar Sentiñón*, y anotada extensamente con arreglo á la legislación de España, por el *Dr. A. Alonso Martínez*.—Dos tomos de 653-520 páginas; Madrid. Administración de la *Revista de Medicina*, Preciados, 33. Precio de la obra, 18 pesetas.

La Biblioteca de la *Revista de Medicina* ha publicado la segunda edición de la interesante obra del Dr. Hofmann, ilustrándola con 126 láminas intercaladas en el texto, al cual precede un bien escrito prólogo del sabio Profesor de Medicina legal de la Universidad de Madrid, D. Teodoro Yáñez.

El juicio crítico más imparcial y severo habría seguramente de hacer justicia al mérito indiscutible de la obra científica del Dr. Hofmann, cuyas ya numerosas ediciones han sido agotadas rápidamente en Alemania. Y es que, á nuestro juicio, el *Tratado de Medicina legal* del ilustre Profesor de Viena ha conseguido poner al alcance de las inteligencias mas limitadas los abstractos problemas médico-legales, sirviéndose para ello de un metodo absolutamente original, y desenvuelto en un estilo conciso, claro y adecuado como conviene al fin práctico de tan interesante libro.

Dividida la estructura de éste en dos partes, ocúpase el autor en la pri-

Digitized by Google

mera de lo que con acierto se llama medicina forense, ó sea, *Cuestiones de forma*; y reserva para la segunda las *Cuestiones científicas*, inspirándose al solucionar las últimas en las modernas teorías, que estudia con profundo sentido práctico, no sin desentenderse de hipótesis poco racionales y de casos extraordinarios por lo inverosímiles, y fruto muchas veces, más que de la realidad, de la fantasía creadora del autor.

Los Jueces y Tribunales tienen, como es sabido, la obligación de demandar á la ciencia médica su valioso concurso; y fuera necia presunción sostener que los dictámenes de los médicos, cuando estos auxiliares de la justicia, son de sana inteligencia y recto proceder, no representan el factor de mayor importancia en la solución de numerosos y muy graves procesos. Mas el Magistrado que sepa ser digno de tal nombre, no estará nunca excusado de consultar en el retiro de su estudio las obras científicas que le ayuden á formar el criterio individual. Quien ha de resolver un problema deberá empezar, como es consiguiente, por conocer sus términos, y mal podrá un Tribunal de justicia solucionar un laborioso proceso civil ó criminal, si por sí mismo no aporta á su razón los elementos todos de conocimiento que producen como resultado el juicio. Y en esa labor, que pudiéramos llamar de información propia, el libro del Dr. Hofmann es de innegable utilidad. La legislación positiva de países tan cultos como Francia, Alemania y Austria, hábilmente enlazada con la materia médica, y la oportuna y luminosa correspondencia con las leyes españolas presentada por el Dr. Alonso Martínez, facilitan al Magistrado la difícil é inexcusable tarea de formar por sí juicio particular en los variados casos médico-legales que á diario se presentan en los Tribunales de justicia.

El *Tratado de Medicina legal*, de Hofmann, es, por tanto, uno de esos libros indispensables en toda biblioteca jurídica, y habrá de ser, á nuestro entender, consultado por los jurisconsultos estudiosos, de modo frecuente y con verdadero provecho práctico.

P. GONZÁLEZ DEL ALBA,
Magistrado de la Audiencia territorial de Albacete.

Acta Torrens. Su crítica y plan de una reforma inmobiliaria.—Memoria premiada con accésit por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona en el concurso de 1892-93, y publicada por el Ilustre Colegio Notarial de Cataluña, por *D. Antonio Monasterio y Galí.*

La Memoria del Sr. Monasterio, ilustrado y laborioso Notario de Tortosa, es una protesta contra las corrientes favorables al sistema hipotecario conocido con el nombre de *Acta Torrens*, que se acepta como inmejorable, por unos

Digitized by Google

con pleno conocimiento de causa, y por otros, tal vez los más, sin conciencia de lo que piden.

El estilo siempre elevado de esta Memoria, la suma de conocimientos que revela, y la convicción firmísima en las ideas que se defienden, hacen que se lea con gusto, y que el ánimo se sienta inclinado á abrazar las opiniones del autor.

Divide su trabajo en tres partes. La primera se dedica á rechazar, tanto en el terreno jurídico como en el económico, la teoría que pretende equiparar la propiedad inmueble á un valor endosable. La segunda expone y combate con calor el sistema Torrens, haciendo la crítica general y particular de dicho sistema. La tercera propone un plan completo de reforma inmobiliaria bastante original, y que indudablemente llevaría consigo un aumento considerable en la contratación, y fomentaría el crédito territorial, puesto que se hacen desaparecer los principales obstáculos que á ello se oponen actualmente.

Reconociendo que, dada la crisis económica porque atraviesa la nación, no es posible pedir por ahora al Estado que disminuya las cargas tributarias que pesan sobre la propiedad inmueble, y sin tocar, por tanto, á las mismas, el Sr. Monasterio quiere que el régimen inmobiliario se base en el título único suministrado por los mismos propietarios, bajo la garantía y vigilancia del Estado; que todos los hechos jurídicos que afectan á la propiedad inmueble se hagan públicos, y recaigan en bienes determinados, pero no de un modo obligatorio, sino voluntario; y que á los Jueces de primera instancia, respecto á los actos de jurisdicción voluntaria, á los Registradores, á los Notarios, á los liquidadores del impuesto de derechos reales, y á los Jueces municipales, respecto á los expedientes de información posesoria, y á todos los actos relacionados con el Registro civil, sustituyan unos solos funcionarios, que podrían llamarse Notarios-Registradores. No quiere, sin embargo, que el Estado se irrogue el derecho de titular la propiedad, ni que la publicidad y especialidad añadan ni quiten nada á la eficacia jurídica de los actos y contratos, ni entre las partes, ni respecto á los terceros, ni quiere que medie inscripción ni transcripción alguna, distinguiendo el derecho en estado normal cuyos actos todos han de ser intervenidos por el Notario-Registrador, y el derecho en estado de violación, que exige la intervención de los Jueces y Tribunales.

Todo propietario *que quisiera que su propiedad fuese garantizada contra tercero,* vendría obligado á adquirir un libro de propiedad por cada uno de sus inmuebles, cuyos libros, que siempre quedarían bajo la custodia del dueño ó poseedor de la finca, se facilitarían por el Estado y tendrían numeración correlativa hasta completar el número total de fincas. Cada una de éstas llevaría una lápida indicadora del número que le correspondiese, igual al del libro en que constase su historia. En la primera hoja de cada libro se estamparía un plano geométrico de la finca, y como primer asiento figuraría un acta de su dominio ó posesión, extendida por el funcionario competente, en vista de la

Digitized by Google

titulación presentada, cuyos efectos serían distintos según que los títulos estuvieren anteriormente inscritos por el antiguo sistema, no lo estuvieren pero justificasen las últimas adquisiciones, ó hubiesen sido sustituídos por una información posesoria. Todo acto posterior de constitución ó extinción de derechos reales sobre las mismas fincas de transmisión ó modificación de su propiedad, se haría constar á continuación del acta primera, por orden cronológico, consignándose por el mismo funcionario en las hojas del libro, que deberían servir de matriz en la sucesivo. A los poseedores de derechos reales se les facilitaría por los propietarios de fincas gravadas, unos libros más pequeños ó carnets, donde se haría constar cuanto á dichos derechos hiciese relación, con independencia del libro de propiedad de la finca, en el que sólo se consignaría su nacimiento ó extinción. Todas las operaciones practicadas en unos y otros libros deberían hacerse por duplicado, para que una de las copias ó ejemplares, cortado por la parte talonaria, se remitiese á un archivo creado al efecto, para el sólo caso de extravío, sustracción ó destrucción de los originales, que siempre quedarían en poder de cada propietario.

Sentimos no poder dar otros muchos curiosos detalles sobre protección de menores é incapacitados, acciones rescisorias y resolutorias, régimen hipotecario, posesión, exacción de impuestos, etc.; pero los límites de ésta, que debe ser simple nota bibliográfica, lo impiden.

No creemos que el sistema *Acta Torrens* sea tan bueno como algunos sostienen, ni tan malo como lo encuentra el Sr. Monasterio, que, después de todo, no deja de tomar del mismo algunos materiales para el edificio que levanta. Tampoco creemos que sea posible eso de que el propietario *haya de aceptar* el el nuevo sistema si quiere ver garantido su derecho contra tercero y hacerle público, y que, sin embargo, la publicidad no añada ni quite nada á la eficacia jurídica de los actos y contratos, ni entre las partes, ni respecto á terceros. Nos parece que no son los propietarios españoles, aunque sí tal vez los catalanes, los que se hallan en condiciones de llevar y guardar su biblioteca, á veces inmensa, de libros de propiedad; que siendo los actos todos voluntarios, la apatía, el descuido y la ignorancia llenarían esos libros de lagunas, en el caso de que se hubiesen adquirido, y que volveríamos al mismo estado anárquico de propietarios con título y propietarios sin él, relaciones entre partes y relaciones con terceros, y otros errores y defectos de nuestra actual legislación. Como no llevamos el individualismo hasta la exageración, mejor dicho, como no sacrificamos los hechos á principios más ó menos abstractos y verdaderos, y aceptamos lo bueno, venga del campo que viniere, no vemos esos males tan graves que el Sr. Monasterio encuentra en la intervención del Estado para proveer de titulación á los propietarios ó á la propiedad inmueble, con tanto mayor motivo, cuanto que en el sistema propuesto el Estado sigue interviniendo por medio de los funcionarios que se crean, absolutamente en todos los actos, sin más diferencia que la de que los libros los custodien los mismos

Digitized by Google

propietarios, en vez de tenerlos ó guardarlos en su poder el mismo funcionario que autoriza la titulación, con lo que parece que todo el mal y todos los perjuicios de la intervención del Estado están únicamente en esa guarda ó custodia, que, aunque limitada, también se conserva.

Esto no obstante, no pasan de ser creencias ú opiniones, y aun siendo ciertas, sólo probarian que el caso merece estudio, y como el mismo Sr. Monasterio indica, que el sistema podría ser reformado en algunos puntos. Vale la pena de que nuestros gobernantes y nuestros legisladores se enteren de esta Memoria y de cuanto sobre el mismo particular se escribe, para no edificar en falso, hoy que, según se dice, vuelve á pensarse en la reforma de nuestra legislación hipotecaria. Hay por lo menos un punto en que todos los que deben conocer á fondo la cuestión están conformes, y es la necesidad de simplificar y abaratar la titulación, reduciendo el número de funcionarios que intervienen en los actos relativos á la propiedad, ó que con ella se relacionan de un modo más ó menos directo, acercándolos á los propietarios y aumentando el círculo de sus atribuciones ó facultades. Cualquier paso dado en este sentido es un adelanto que preparará el camino para ulteriores reformas, no olvidando nunca que lo mejor es enemigo de lo bueno, y que las leyes son tanto más prácticas, cuanto más se conforman con los usos ó costumbres de un país, con la época en que se dictan, con las necesidades y con el grado de civilización; que entre el hecho y el ideal hay muchas gradaciones intermedias.

JOSÉ MORELL.

Las bases económicas de la constitución social, por *Achille Loria* (1 volumen en 8.º de la *Biblioteca histórica y política*, 7,50 francos; Félix Alcan, editor).

Esta obra es una segunda edición, completamente reformada y muy aumentada, de un libro publicado en italiano hace algunos años y que no había pasado desapercibido para aquellos que se interesan por las cuestiones sociales. El autor insiste acerca de las enormidades de la moral y de la política contemporánea, oponiendo á la falsificación sistemática de los hechos la sincera afirmación de la verdad. M. Loria denuncia la concupiscencia, el egoísmo estrecho y mezquino, el espíritu de bandería animando á las llamadas democracias; desenmascara esas deidades políticas que le han acostumbrado á encubrir los nombres más ostentosos.

Para algunos, esas revelaciones parecerán intrépidas, á otros insolentes, para todos interesantes.

***

Digitized by Google

M. Luis Bridel, Profesor de la Facultad de Derecho de Ginebra, acaba de publicar en la *Biblioteca de Filosofía contemporánea* del editor Félix Alcan, con el título *El derecho de las mujeres y el matrimonio,* un volumen que no puede menos de llamar la atención.

Entre las cuestiones que se imponen á nuestra época, ocupa uno de los primeros lugares la relativa al derecho de las mujeres. Hay en su dominio verdaderas iniquidades que deben hacerse desaparecer, y numerosas antigüedades que deben relegarse á las sombras de la historia.

Los partidarios de la mujer no entienden que debe separarse á la mujer de su vocación natural. Lo que ellos demandan es que sea más armada y protegida, á fin de que la misión que le está encomendada aparezca en toda su grandeza, y no como una servidumbre fatal al yugo, á la que es preciso resignarse.

M. Luis Bridel pasa revista en su obra á las reformas que son compatibles con las leyes actuales, y que, sin modificar profundamente el papel de las mujeres en la sociedad, les faciliten el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos. (1 volumen in 18, 2,50 francos; Félix Alcan, editor.)

***

Las leyes sociológicas, por *M. C. de Greef,* profesor de la Escuela de Ciencias en la Universidad de Bruselas (1 vol. in 18, de la *Biblioteca de Filosofía contemporánea,* 2,50 fr.; Félix Alcan, editor).

La sociología es á las reformas sociales lo que la filosofía á la terapéutica; para curar las sociedades es preciso ante todo conocer su estructura y manera de funcionar.

Pasando á la aplicación, el autor expone que el punto de partida de la sociología debe ser necesariamente un análisis y después una clasificación natural de los fenómenos sociales; en él traza los elementos y el plan.

De la descripción de las leyes sociológicas elementales pasa metódicamente al de las leyes compuestas, y cada paso de avance en el desarrollo de este proceso lógico es esclarecido con ejemplos tomados á todos los órdenes de fenómenos sociales, económicos, genésicos, artísticos, científicos, morales, jurídicos y políticos.

El último capítulo, «Leyes sociológicas y regresivas», es el más interesante. En él se establece una teoría nueva del progreso y de la decadencia de las sociedades; estas leyes son una continuación de las leyes generales, comunes á todos los cuerpos organizados con esta diferencia esencial; que la vida de las sociedades es menos limitada en el espacio y en el tiempo, y que la ciencia nos permite vislumbrar un porvenir en que la existencia de toda

Digitized by Google

sociedad se aproxime más y más, bajo el punto de vista de su duración, al de la especie humana, cuyas sociedades particulares tienen formas más ó menos vivas.

***

La cuestión social es una cuestión moral, por *Th. Ziegler*, profesor de la Universidad de Strasburgo; traducida del alemán, por M. G. Palante, Profesor de Filosofía (1 vol. in 18 de la *Biblioteca de Filosofía contemporánea*, 2,50 fr.; Félix Alcan, editor).

Este libro es un ensayo sincero para resolver pacíficamente la cuestión social. Según el autor, la reforma social debe ser, sobre todo, una reforma moral. En lugar de perpetuar y de exasperar la lucha de las clases, es preciso atenuarla. El remedio consiste en organizar la «masa» social y en resistir contra las tendencias disolventes del individualismo Tal es el punto de vista en el cual se coloca M. Ziegler para examinar sucesivamente todas las grandes cuestiones sociales á la orden del día: naturaleza del Estado, organización de la familia, organización de la propiedad, emancipación de la mujer, etc. Stuart Mill pone en el número de las condiciones de la estabilidad política en las sociedades humanas la existencia «*de un sistema de educación y de disciplina* en oposición á la tendencia natural de los hombres á la anarquía». Esta es en el fondo la idea en que se inspira el libro de M. Ziegler.

S.

Digitized by Google

LOS ORÍGENES DE LAS CONSTITUCIONES ESCRITAS

I

La concepción del derecho político actual como derecho codificado, definido y distinto del derecho aplicable á los demás órdenes de la vida, concepción de origen y corte francés, completamente francés, responde en verdad al criterio abstracto y racional que desde Rousseau se ha infiltrado en la teorías del derecho porque Francia se ha regido desde el pasado siglo hasta el día. Realmente, el derecho constitucional, como derecho escrito, es en Europa, á lo menos, una consecuencia de la expansión francesa, ó mejor, una consecuencia de la virtud expansiva de sus revoluciones políticas.

Pero si esto es cierto, si ninguna nación podía presentar un terreno tan abonado, como Francia, para que la idea de una Constitución escrita germinase, también lo es que la semilla vino de fuera. Por de pronto, conocido es el significado de la Constitución inglesa, anterior á todas las Constituciones escritas, «la primera por la fecha, por la importancia y por la originalidad... y que ha servido en más ó menos de modelo á todas las que hoy existen» (1). La Constitución inglesa, es decir, lo que con ese nombre se quiere expresar, inspiró el célebre capítulo del *Espíritu de las leyes*, de Montesquieu, en que se hace depender la libertad política de la división de los poderes, y por él sin duda se introdujo en el continente europeo,

(1) Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, pág. 1.

Digitized by Google

y por él pasó á América la teoría de mucho de lo que forma la parte fundamental de las Constituciones (1).

Fijándose sólo en cierta marcha ideal, y prescindiendo de todos los detalles, pudiera señalarse la génesis de la concepción moderna (francesa) del derecho político, considerando la Constitución inglesa como el origen, á Montesquieu como el propagador, á la Constitución norteamericana como la primera manifestación del derecho constitucional escrito, verificada bajo el influjo de la tradición inglesa y del *Espíritu de las leyes*, y á la Constitución francesa de 1791 hecha bajo la acción de la norteamericana, como el centro de donde irradia luego todo el derecho constitucional moderno.

II

Mas con ser cierto esto, la génesis queda muy incompleta. Francia, sin duda, es quien acaba de imponer la moda de una Constitución escrita y quien asienta reflexivamente la diferenciación del derecho constitucional; pero la idea de una Constitución precisamente escrita, esta idea que no va implícita en la Constitución inglesa, y que, por tanto, ni Francia ni los Estados Unidos pudieron tomar de ahí, tampoco como idea es originaria de Francia, ni lo es de la República norteamericana.

¿De dónde proviene entonces? Problema es este que pone muy en claro un distinguido publicista francés, apoyándose en el estudio de documentos muy interesantes (2). Por extraño que parezca, con ser Inglaterra el país de la Constitución *menos escrita*, es el país de donde, en opinión de Borgeaud, se origina la idea de la Constitución política escrita.

Verdaderamente, si de antecedentes más ó menos califica-

(1) Giner, *La política antigua y la política nueva.*

(2) *Etablissement et Revision des Constitutiones en Amerique et en Europe*, por Ch. Borgeaud (1893, 1 vol., París).

Digitized by Google

dos se tratase, «en cierto sentido esa idea se remonta á la Edad Media, y si se quiere hasta el derecho antiguo, hasta la famosa «lex regia», fuente de la omnipotencia de los emperadores romanos; pero esta no era más que la fórmula de una delegación sin reservas de la soberanía, una especie de procuración general, que confiere al príncipe el *imperium* y las *potestas* sin límites...» (1). Por lo que á la Edad Media respecta, pueden señalarse, tanto en Inglaterra como en otras partes, multitud de documentos escritos de un carácter en cierto modo constitucional, á lo menos político. En Inglaterra las principales fuentes *escritas* de su derecho actual remóntanse á la Edad Media. En España, los célebres y discutidos privilegios de Aragón tienen también su importancia constitucional indudable. Por otra parte, la Edad Media conocía las cartas confirmatorias de libertades locales; los fueros municipales; las concesiones de franquicias, ya á ciudades, ya á corporaciones, ya á particulares; «conocía las órdenes del reino, villas, comunes, hermandades religiosas, compañías mercantiles, corporaciones de oficios...; pero ignoraba las Constituciones que hoy nos son peculiares, y en las que se declaran los derechos de cada cual, limitando á la vez el poder supremo en beneficio de todos» (2).

III

Las primeras Constituciones que alcanzaron un vigor positivo, que, por tanto, fueron derecho vívido y aplicado, son las «Constituciones que se dieron las colonias americanas emancipadas de la tutela inglesa» (3). A imitación suya, codificaba su obra imponiéndola como ley al rey en nombre de la nación soberana, la Asamblea nacional francesa. Pero es necesario ad-

(1) Borgeaud, ob. cit., pág. 3.
(2) *Ibidem*.
(3) *Ibidem*, pág. 4.

Digitized by Google

vertir que las colonias inglesas no inventaron la cosa, aun cuando hayan hecho las primeras verdaderas Constituciones aplicadas; el principio ó la idea proviene de la madre patria, de Inglaterra, y es muy curioso ver cómo.

Según refiere un reciente historiador de las dos Américas (1), no debe olvidarse nunca que la guerra para la emancipación americana fué una guerra en rigor de partido, civil. Los americanos representaban en un principio ciertas tendencias vigorosas en la misma metrópoli, pero que en ella eran objeto de persecución terrible, por lo que buscaron arraigo en aquel suelo virgen. Para comprender bien cómo se verificó la aparición de las formas constitucionales americanas, es preciso tener en cuenta que el nucleo de los emigrantes ingleses era esencialmente puritano, esto es, del partido religioso que defendía y aplicaba en la vida de la Iglesia las ideas democráticas, y que en las colonias y en la madre patria procedía de análoga manera casi al propio tiempo.

Ahora bien; estudiando la formación y desenvolvimiento del partido puritano, encuéntranse datos de interés supremo para el problema en que nos ocupamos. En primer término, nos encontramos con los principios de organización social á que obedecen los elementos más acentuados del puritanismo, los llamados «independientes», que constituían la parte más sana é intrépida del ejército de Cromwell. Tenían éstos por sistema el congregacionismo. Sus iglesias autónomas, sin jerarquías, democráticas, fundábanse en un verdadero pacto ó *Covenant* (de ahí los *Covenantaries* tan admirablemente estudiados por Macaulay) (2), el cual constituía el acto primordial é inicial de la congregación. «En virtud de ese acto, dice Cotton, uno de los Padres de la doctrina, como los llama Borgeaud (3),

---

(1) Mellen Chamberlain, colaborador de Winsor, en la *Narrative and critical history of America*, 1886 89, citada por Borgeaud.

(2) *Historia de la Revolución de Inglaterra.*

(3) Ob. cit., pág. 8.

Digitized by Google

los ministros tienen poder sobre el pueblo de sus fieles, el pueblo siente interés por sus ministros, y cada miembro de la congregación adquiere los derechos y deberes que le corresponden frente á sus compañeros» (1). La supremacía eclesiástica es del todo; la comunidad recibe el poder de Cristo; ella elige los ministros, los ancianos, los diáconos...

De la esfera religiosa pura pasaron esas ideas, profundamente democráticas, á la política, precisamente en aquella ocasión solemne en que el pueblo inglés se hallaba en positivo período constituyente, y cuando las circunstancias habían inspirado en los defensores de las libertades públicas una desconfianza justificada hacia los poderes permanentes constituídos. La idea de un pacto expreso, de un documento solemne, donde á imitación de los *Covenant*, se señalase los límites de la autoridad y la garantía de los derechos del pueblo, se imponía con indudable oportunidad. «Pienso, decía Wildman, que las libertades de esta nación no estarán verdaderamente garantidas sino cuando se hallen fijados con claridad la extensión de los poderes y del mandato de los representantes, y la naturaleza de los derechos que el pueblo se reserva para ejercerlos por sí mismo» (2). La noción jurídica fundamental á que van á responder las Constituciones políticas del porvenir, está ahí perfectamente formulada.

Y de ella va á nacer un documento escrito que tiene ya el corte de una Constitución; documento que se elabora bajo el influjo de las ideas todas que el puritanismo religioso y político entraña.

Es este el *Agreement of the people* ó pacto del pueblo, que en los momentos más culminantes de la revolución puritana presenta el ejército de Cromwell á la Cámara de los Comunes (3).

---

(1) *The Way of the Churches of Christ*, cit. por Borgeaud.

(2) *Trut's Triunph*, 1647-48, cit. por Borgeaud.

(3) He aquí lo que Borgeaud dice del Pacto del pueblo. Su texto definitivo hállase reproducido en Gardiner, *The constitutional documents of the puritan revolution*. Oxford, 1889, p. 270. El del anteproyecto, más curioso en ciertos res-

Digitized by Google

En él se proponen sus autores fijar la ley suprema, expresión de la voluntad popular, «á la cual el Parlamento debía someterse y en la cual se determinaban los derechos cuyo ejercicio directo se reservaba la nación misma.» Este pacto del pueblo, aprobado por el ejército en 1647, no se había de promulgar sino después de recibir la adhesión expresa de los ciudadanos, mediante un procedimiento especial.

Para comprender el alcance constitucional de este precioso documento, cuyo valor histórico nadie puede desconocer, conviene copiar alguna de sus declaraciónes más salientes. Dice en una de ellas: «Los poderes del Parlamento actual y de todos los representantes del Gobierno en esta Nación, están subordinados exclusivamente á los de sus comitentes, y se extienden, sin el consentimiento ó concurso de persona alguna ni Corporación, á la legislación, al establecimiento de las dependencias y Tribunales de justicia, declaración de guerra..., y en general, á todos los derechos que los comitentes no se hayan reservado expresa ó tácitamente». He aquí cómo habla en la otra: «Las leyes hechas ó que hayan de hacerse obligarán por igual á todos. No habrá exención de la jurisdicción ordinaria, á la que todos están sometidos, fundada en distinción alguna de tenencia, propiedad, privilegio, sangre, nacimiento ó posición».

Como se ve, contiénense ahí en concreto aquellos principios que hemos señalado como los que distingue la Constitución y hacen de ella la aplicación reflexiva del derecho á la vida del Estado, aun cuando sea bajo la forma negativa ó limitativa del poder, como ocurre en la primera declaración, ó bajo la afirmación de la igualdad ante la ley, como pasa en la segunda.

Esta Constitución, que los soldados imponían á Cromwell, y que el Protector hacía como que aceptaba, no pasó de la cate-

---

pectos, encuéntrase en un folleto conservado en el *British Museum: An Agreement of the People for a firm and present Peace, upon grounds of Commonright and freedome, s. e.*, 1647.

Digitized by Google

goría de proyecto; pero sus principios fundamentales, los que implican una Constitución, los aprovechó el mismo Cromwell para incluirlos en la única *Constitución escrita* que Inglaterra tuvo, conocida bajo el título de *Instrumento de gobierno* (1). En ella se habla de que «en todo gobierno debe haber algo de fundamental, algo así como una *Gran carta*, permanente é inalterable», principalmente para oponerse á la arbitrariedad de los Parlamentos, los cuales, si hacen la ley, deben, sin embargo, hallarse á la ley suprema sometidos.

Cuál fué la suerte, tanto de esos intentos de Constitución escrita, cuanto de la idea á que responden, en Inglaterra, sabido es de todos. No era en verdad Inglaterra la llamada á desenvolver inmediatamente los principios fundamentales. La restauración borró casi por completo las tendencias de Cromwell y del puritanismo y la historia de aquel país siguió por caminos más tortuosos, con más lentitud al par que seguridad, la evolución hacia el régimen que en definitiva había de aceptar casi el mundo entero.

IV

Ofrecía un terreno más abonado para desenvolver el puritanismo religioso y político América, y allí fué donde la idea y la estructura de las Constituciones arraigó, fructificando con vigorosa lozanía.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que una Constitución *escrita* tiene siempre algo de pacto. «Por su naturaleza, el acto constituyente, decía Klüber, es una obra sinalagmática: es un acto entre partes, de las cuales una y otra dan y reciben recíprocamente» (1). Sin aceptar completamente, con todas las consecuencias, esta doctrina, bien puede decirse que parece como que una Constitución que en un momento dado se redacta, que nace en un instante determinado, para ser desde entonces ley

(1) Redactada por el Consejo de Oficiales del Protector.

Digitized by Google

total de vida del Estado, es cosa de convenio. Pues bien; aparte de que la idea de convenio ó de pacto, como acto inicial y fundamental de las sociedades, era esencial á los congregacionistas, y así se concibe que los primeros fugitivos que en 1620 desembarcaron en Nueva Plymouth, empezaran por firmar un pacto de establecimiento, que luego se imitó por todos; las circunstancias, en que aquellas sociedades nuevas se instalaban brindaban á pactar, á ponerse de acuerdo, respecto de la forma política de vida para lo futuro. De ahí que la mayoría de las comunidades políticas de Nueva Inglaterra sean el contrato social en acción y tengan su ley fundamental como base.

Lo que por una argumentación abstracta hubo de formular Rousseau; lo que había hecho Locke, partiendo del supuesto imposible de un estado de naturaleza, se ofrecía real y positivamente, sin el estado de naturaleza previo, á los puritanos de América; esto es, un suelo nuevo que se ocupa, una reunión de hombres «todos iguales y libres, por ley de la naturaleza, que se hallan á punto de formar voluntariamente entre sí una comunidad política», echando por tierra todo el derecho político feudal que se fundaba en la desigualdad de las gentes ante la ley, y en el Estado constituído sobre ideas de jerarquía y subordinación hereditarias.

Y eran tan favorables las condiciones, que aun cuando muchas colonias tuvieron, como advierte Bryce (1), cartas reales de fundación, tales cartas hubieron de transformarse en verdaderos pactos fundamentales orgánicos.

De todos estos pactos sociales y políticos, el que se señala como la primera Constitución escrita, anterior aun al *Agreement* de la democracia inglesa, si bien originado en idénticas ideas,

---

(1) *Offentliches Recht des deutschen Bundes und der Bunderstaaten*, 1840, página 406.

(2) Palabras del pactor John Wyse en un escrito célebre, titulado: *A Vindication of the Government of New England Churches* (1772).

(3) V. Bryce, *The American Commonwealth*. V. también Cláudio Janet *Instituciones políticas y sociales de los Estados Nuevos*.

Digitized by Google

es el Estatuto fundamental de Connecticut de 1639. El Connecticut formaba en un principio parte de *Massachusetts Bay*, pero por divergencias políticas se separó, dirigido por el célebre Tomás Hooken, al igual que lo hizo también Rhode Island, dirigido por Williams. Los habitantes de ambos futuros Estados deseaban afirmar más y más sus convicciones democráticas puritanas. La Constitución de Massachusetts, una carta de la Corona, tenía cierto carácter mercantilista y político, que pugnaba con la pureza de las tradiciones puritanas. Ahora bien: las colonias de Connecticut como las de Rhode Island, al instalarse por sí, de nuevo, se dieron sus Constituciones, en las que se salva el principio democrático; Constituciones que al fin fueron aceptadas por la Corona á modo de Cartas reales de establecimiento.

He aquí algunas declaraciones de la Constitución de Connecticut, en las cuales se ven expresados los principios á que aludimos:

«Supuesto que, cuando un pueblo se forma, la palabra de Dios dispone, á fin de mantener la paz y la unión, que establezca un gobierno regular y conveniente, conforme á su voluntad, para la ordenación y la gestión de los negocios públicos en todo tiempo, según las necesidades, *nos unimos y asociamos para formar un Estado, una república*, y declaramos tanto para nosotros como para nuestros sucesores y para quien quiera que se nos una, que hemos *formado un pacto mutuo de unión y de confederación.*» El preámbulo hace en seguida declaraciones relativas á la religión y al fin jurídico de la comunidad, para exponer luego en once artículos fundamentales aquellos puntos que forman el contenido sustancial de las futuras Constituciones escritas, á saber: soberanía de la asamblea general de los ciudadanos, elección popular de los magistrados, renovación anual de su mandato, autonomía comunal, etc., etc.

Análogas ideas se encuentran en la Constitución de Rhode Island, y tales ideas fueron las que al fin hubieron de predominar en Massachusetts merced á acontecimientos de carácter

Digitized by Google

revolucionario y al influjo poderoso de propagandas como las que implican los escritos del pastor Wyse (1), y á la buena acogida que en aquellas apartadas regiones tuvieron las teorías de los derechos del hombre y del contrato social. Hacia 1772 la sociedad de Boston, sociedad constituída bajo ciertos principios aristocráticos, ofrece, aunque lejano, algún parecido con la sociedad aristocrática del antiguo régimen, próximo á la revolución, en Francia. Como en ésta, no se hablaba de otra cosa que de Rousseau y de sus ideas sobre el hombre y sobre el contrato, allí estaban en boga las ideas análogas de Locke. El año citado, un célebre puritano, J. Otis, formula concretamente las aspiraciones que andaban en boca de todos, presentando á la Asamblea de ciudadanos de Boston la primera, en el orden del tiempo, declaración de derechos..., según él, de los *colonos, como hombres*, como cristianos y como ciudadanos. Y á partir de esta presentación y de los acontecimientos que siguen, puede decirse que encuentra su expansión natural en toda la América inglesa la aplicación del régimen constitucional, fundado en los dos principios que por todas partes se consagran, y que con significados y alcances muy diferentes van á formar la parte dogmática y la base de la orgánica del derecho constitucional futuro, á saber: *la declaración de derechos* y *el pacto*.

Por de pronto, es de todo punto necesario fijarse en cómo se conducen, respondiendo al influjo de los procedimientos políticos empleados en las regiones de Nueva Inglaterra, los que en los instantes solemnes de la ruptura con la madre patria van á abrir los cimientos de la futura república norte americana; y luego es preciso ver también cómo se propaga, por virtud de su fuerza, naturalmente expansiva, el principio constitucional de los Estados todos que pactaron la primera confederación.

Aquéllos redactan en 1776, reunidos en Congreso, un de-

(1) Obra citada antes.

Digitized by Google

creto, que tiene todo el corte de una Constitución y que prepara la formación de la futura y *necesaria* Constitución política, al par que ordenan «á las diversas Asambleas y Convenciones de la Colonia unida, donde no está formado aún un gobierno capaz... , establecer aquel gobierno que en opinión de los representantes del pueblo sea el más propio para garantir la prosperidad y seguridad de sus comitentes...»

Según advierte Borgeaud, «la elaboración de Constituciones escritas no está expresamente prevista por ese decreto; pero respondía al pensamiento de sus autores, así como al de aquellos que estaban encargados de ejecutarlo. Su concepción del Estado, fundado en un contrato explícito entre los ciudadanos, el recuerdo de los *covenants* políticos que formaran las primeras colonias puritanas, el ejemplo de las cartas, al tenor de las cuales se hallaba organizado el gobierno de varias colonias, la necesidad de legislar en nombre del pueblo, todo concurría á imponer y desenvolver la idea que en otros tiempos tuvieran, en la antigua como en la nueva patria, los padres de la democracia anglo-sajona» (1).

La expansión del principio constitucional por los Estados todos, merced á los impulsos á que venimos aludiendo, se verificó paulatina, pero seguramente. En primer lugar, tenemos algunas colonias que antes del gran movimiento general del Congreso se habían dado sus Constituciones, como ya hemos visto.

Tenemos además en 1776 las leyes constitucionales provisionales de New-Hampshire y las de la Carolina del Sur.

En 12 de Junio votaba Virginia su celebre declaración de derechos, y el 28 la Constitución, no revisada hasta 1830. En el mismo año se organizaron ya Nueva Jersey (Julio); Delaware (Septiembre); Pensilvania (Septiembre); Maryland (Noviembre) y Carolina del Norte (Diciembre). En 1777 redactan la Constitución Jeorgia y Nueva York. Por fin, en 1780 Massachusetts

(1) Obra citada, págs. 21-22.

Digitized by Google

estableció definitivamente, mediante procedimientos democráticos, su régimen constitucional, redactando la Constitución que aun hoy es la ley fundamental de aquella célebre república y que viene á ser por su texto la expresión más acabada, la síntesis más completa de las teorías políticas del contrato social (Locke y Rousseau en acción), con las rectificaciones de la práctica, que hacen del contrato, no la fórmula abstracta de una política vacía de sentido jurídico, sino la expresión temporal, expresa *(escrita)*, de aquella ley fundamental, que el pueblo, como Estado, se da á sí mismo en uso de su soberanía para que sirva de base de su gobierno.

No diré yo que los legisladores de Massachusetts vieran con claridad absoluta todo el alcance político que en lo porvenir se iba á dar á las Constituciones como *derecho* del Estado; quizá en punto á la fundamental exigencia, que pide que toda expresión de la voluntad soberana, para ser ley jurídica, sea á la vez expresión de un contenido racional y moral, eran fieles á Locke y á su tiempo; pero hay en esta Constitución, como la hay en casi todas las otras, como la habrá en la que, á imitación de ellas, se dará la República norteamericana como nación, la regla suprema á que ha de someterse el Estado, como Estado gobernante.

V

Las ideas relativas al derecho constitucional escrito, encuentran á fines del pasado siglo acogida simpática por extremo en Francia.

Verdad es que este país se hallaba admirablemente preparado. No en vano se trata de la patria de Montesquieu y de Rousseau, de las ideas abstractas y de la concepción de lo sistemático aplicada á todos los órdenes de la actividad, desde el literario y artístico hasta el legislativo y político (1). No en

(1) V. Taine, *Origines de la France contemporaine*, t. I. Trata este autor ma

Digitized by Google

vano también se trata de la nación europea que contribuyó más directamente á la emancipación americana.

La prueba de esta buena preparación de Francia para el régimen constitucional escrito nos la ofrece, entre otros, el hecho de que al reunirse los Estados generales en 1789, á pesar de que la convocatoria de Luis XVI no contenía indicación alguna para que la Asamblea formase una Constitución, en muchas de las actas de designación del tercer estado se habla insistentemente de la necesidad de redactar una Constitución, y hasta se proponen modelos, habiendo dentro de los Estados generales miembros de la misma nobleza que reclamaban como tarea de la Asamblea, «no *mantener*, sino *establecer* una Constitución» (1). Y en efecto, bien ó mal, en una forma todavía imperfecta y dispersa, contenida en siete decretos especiales relativos á los derechos del hombre, á la organización del Poder ejecutivo y del Poder legislativo, á la promulgación de las leyes etc., se redacta una verdadera Constitución (1791) (2).

La idea principal dominante en Francia en este punto, inspirada de un lado en Montesquieu, y sobre todo en el ejemplo y en los resultados de la revolución americana, con la admiración que provocaron y con las enseñanzas que propagaron Franklin y los franceses que, como Lafayette, ayudaron á América á emanciparse, es la de que para ser un pueblo libre hay que tener una Constitución escrita, una ley fundamental hecha por la nación misma.

De qué modo arraigó tal idea, de qué manera se infiltró en el genio francés este elemento *formal* del derecho político, lo muestra claramente la historia misma de este pueblo, que tanta y tan persistente confianza tuvo y aun tiene en la eficacia reformista ó transformista de las leyes ó de las decisiones solemnes

---

gistralmente de la situación de ánimo de la Francia del antiguo régimen para verificar la revolución, con sus formas abstractas ó neoclásicas.

(1) E. Pierre, *Traité de droit politique electorale et parlamentaire*, (1893), páginas 1 3.

(2) *Ibidem*, pág. 3.

Digitized by Google

y declaraciones abstractas de las Asambleas políticas. Sufrió Francia en menos de un siglo los trastornos más radicales, pasó de una revolución violenta á una reacción no menos violenta; pero en todos los naufragios se salvó el principio *constitucional*. Las formas diversas que la política francesa revistió en todo el período á que nos referimos, han tenido una consagración más ó menos amplia en un documento legal, positivo, así que puede decirse que hay en la corta historia del derecho político francés á la moderna Constituciones para todos los gustos, desde las que son meras cartas otorgadas graciosamente por los reyes, hasta las que son verdaderos actos expresos de la soberanía nacional. Es Francia, en suma, la patria de Sieyes, el fecundo redactor de Constituciones escritas, y el país de los períodos constituyentes.

Por esto, según ya al principio de estas consideraciones advertía, á pesar del origen anglo-sajón de la idea de una Constitución escrita, el derecho político concebido bajo su forma definida, concreta, distinta de otros derechos, hoy difundido por casi toda Europa y por América, es esencialmente francés. Francia lo ha hecho carne de su carne y sangre de su sangre, y Francia fué quien supo propagarlo, como ahora mismo vamos á ver.

VI

«Cuando Napoleón caía para no levantarse más, dice Borgeaud, la Revolución había dado la vuelta por toda Europa» (1). Ahora bien: una de las ideas que con la Revolución hicieron tan largo viaje es la de la necesidad de organizar los pueblos con una Constitución escrita. En vano los grandes reorganizadores de la Europa central, los Hardenberg y los Stein, en odio á Napoleón, se oponían con certero espíritu conservador al establecimiento de Constituciones escritas para formar los Estados que aparecían deshechos en el mapa político de Europa, des-

(1) Obra citada, pág, 32.

Digitized by Google

pués de abatida Francia y la Revolución. Sus argumentos de que una Constitución escrita es un pretexto y un aliciente para los cambios políticos, porque la forma definida y concreta de la misma es un estímulo para la crítica, sirvieron de muy poco. La idea era ó parecía ser tan natural, habíase infiltrado de tal modo en el espíritu, y por otra parte, eran las circunstancias tan propicias (Estados que rehacer nuevamente, pueblos que constituir, en virtud de un Congreso como el de Viena), que lo primero que salió de manos de los mismos enemigos del constitucionalismo, fué un verdadero pacto fundamental: «La Confederación germánica, advierte oportunamente Borgeaud, tuvo su Constitución de trece artículos» (1).

Y no sólo esto, esta Constitución contiene una disposición final, que muchos han considerado como el punto inicial del establecimiento del régimen constitucional de Alemania, por cuanto dice que «en todos los países de la Confederación habrá Asambleas representativas» *(Landstændische Verfassung)*, y que otros traducen en mi opinión, diga lo que quiera Borgeaud, con más exactitud, «Constituciones *(Verfassung)* representativas».

VII

Conviene señalar ahora, aunque sea muy brevemente, de qué manera se propaga por los diferentes Estados europeos el derecho constitucional codificado. Una distinción es preciso establecer ante todo, teniendo en cuenta la diversa condición de las naciones europeas. Hay, en efecto, entre éstas, las que son una simple continuación de las tradicionales antiguas, mediante transformaciones radicales de sus Constituciones políticas. (Suiza, Estados alemanes, España, Portugal, etc.) El establecimiento en ellas del régimen moderno, es la consecuencia de tales transformaciones y de la germinación más ó menos

(1) Obra citada, pág. 33.

Digitized by Google

lozana de la semilla constitucional. Pero hay además naciones, hasta cierto punto nuevas, si no como naciones, toda vez que una nación no es ni puede ser obra de un siglo, á lo menos como naciones—Estados (Bélgica, Grecia). Y aun pudieran añadirse aquí aquellos Estados, no europeos, por el territorio, pero sí por el elemento personal de su población, que habiendo sido ó siendo aun colonias, tienen como Estados independientes y soberanos, ó como Estados autónomos ligados por lazo más ó menos estrecho á la madre patria, instituciones constitucionales escritas. (Las Repúblicas del Centro y del Sur de América, las Colonias inglesas del Canadá, de Australia, etc.)

De estas últimas en el presente capítulo no haremos indicación detenida especial, bastando su cita sólo para afirmar y comprobar la gran fuerza expansiva de la idea de Constitución.

Considerada desde cierto punto de vista general, la historia de Europa á partir de 1815, y la de algunos pueblos antes (España, por ejemplo), es la de la lucha por el establecimiento de las Constituciones escritas. Al comenzar el presente siglo, apenas hay este género de documentos, en cambio hoy la idea y el hecho de las mismas se han difundido casi por todas partes, después de corto aunque revuelto período de propagación y establecimiento.

Coincidiendo ya casi con el Congreso de Viena, redactóse por la Dieta de los Cantones suizos el Pacto de 1815, inspirado en el *Acta de mediación* de Napoleón de 1803. La importancia especial de este Pacto, desde el punto de vista en que aquí nos colocamos, es, independientemente de su carácter mismo, como ley constitucional, el supuesto de que parte, y según el cual se conceptúa como derecho político escrito y codificado el de los diferentes cantones. En efecto, el Pacto venía á ser una garantía de las Constituciones especiales de cada cantón, para cuyo fin se debía depositar en el archivo de la Dieta un ejemplar de las mismas.

Por los diferentes territorios de la Confederación germáni-

Digitized by Google

ca se propagaba la idea de la Constitución escrita, empezando por aquellos Estados que habían sufrido de una manera más inmediata y directa el influjo francés, y que por tanto tenían un espíritu perfectamente preparado. El 2 de Septiembre de 1814 el Ducado de Nassau recibió su carta. Bajo el protectorado de Napoleón tenían Constituciones escritas, aunque poco eficaces en la práctica, el reino de Westfalia, el de Baviera, el Ducado de Sajonia-Weimar, el gran Ducado de Francfort y el principado de Anhalt-Coeten. Fuera del protectorado, en 1814 en Baviera preparóse una nueva Constitución; de igual modo se procedió en Vurtemberg y en Baden, y más tarde en Schwarsburgo-Rudolstadt, Schaumburgo, Waldeck, Sajonia-Weimar-Eisenach. Prusia tuvo su decreto constitucional en 1815. En los primeros años que siguieron al Congreso de Viena, como los vientos de reacción soplaran fuerte en el centro de Europa, y el principio constitucional representaba con más ó menos atenuación el reconocimiento de los derechos populares, no llegó á alcanzar su plena aplicación el sistema de las Constituciones escritas. Antes bien se contuvo. Sólo á partir de 1819 se empiezan de nuevo á producir algunas cartas otorgadas, y ya desde entonces, aunque bajo el influjo de las revoluciones y contrarrevoluciones que dominaron en Europa, sigue la instalación del régimen del derecho político codificado hasta su completo establecimiento.

En su consecuencia, debemos recordar que en Diciembre de 1819 el Hannover alcanzó su carta; en Abril de 1820 alcanzó la suya Brunswick; en Diciembre, Hesse (Gran Ducado); en Agosto de 1821, Sajonia Coburgo; en 1829, Sajonia Meningen; en 1831, Hesse Electoral, Sajonia Altemburgo, reino de Sajonia; en 1833 el principado de Hohenzollern-Sigmaringen; en 1836, el de Lippe; en 1846, la ciudad de Lübeck; en 1848, los Ducados de Anhalt. De 1849 son la primera Constitución otorgada por el Emperador de Austria con la tentativa de confiar en parte la obra legislativa á las *Landtags* provinciales, y en parte á un *Reichsrath* común á todos los países de la Mo-

Digitized by Google

narquía y las Constituciones de Brema, Ducado de Oldemburgo, principado de Reuss-Schleiz y no pocas revisiones y tentativas de revisión; todas ellas bajo el influjo de la revolución democrática de 1848. En 1860 tuvo su Constitución Hamburgo, y la tuvo en 1867 el principado de Reuss-Greizt.

Prescindiendo ya de los Estados alemanes, el resto de la Europa continental entró poco á poco en el régimen político francés. Por de pronto, deben citarse los diferentes reinos antiguos, verdaderos nucleos históricos de las grandes nacionalidades. Entre ellos figura España, que recibe de Napoleón de un modo personal y directo el primer impulso constitucional. A Napoleón se debe la reunión de la junta *afrancesada* de Bayona y la Constitución de 1808, que se discute á guisa de pacto expreso entre el pueblo español (?) y el Monarca de la nueva estirpe de los Monarcas de entonces, José Bonaparte. Esta Constitución no tuvo vigor; pero España que la rechazó como obra extranjera, procede pocos años después, y en son de protesta contra todos los principios del régimen moderno, á redactar su primera Constitución verdaderamente nacional de 1812; Constitución ésta que, aunque es derogada al poco tiempo (1814), inició, de modo hasta hoy definitivo, el régimen de las Constituciones escritas y codificadas en nuestro pueblo.

Portugal, imitando inmediatamente á España, dióse en 1822 una Constitución escrita, que fué derogada poco después (1824). En 1826 el Emperador del Brasil y Rey de Portugal, Pedro I, otorgaba al abdicar la corona de este último Estado en su hija María, la Carta que á vuelta de muy azarosas vicisitudes resultó ser la ley fundamental de la Monarquía.

Suecia, aun cuando cuenta en su historia anterior á la época moderna documentos de índole constitucional muy acentuada por su forma solemne y escrita, inicia en vigor el régimen que reune todos los caracteres precisos del constitucionalismo en 1809, cuando después de la pérdida de Finlandia, el Riksdag (Cámara sueca) destronaba á Gustavo Adolfo, eligiendo como Rey á Carlos XII. De esta fecha es la Consti-

Digitized by Google

tución que, modificada y adicionada por leyes posteriores, formó la ley fundamental del Reino.

Noruega tiene su Constitución del año 1824, hoy todavía vigente después de quince reformas sucesivas. La Constitución ó Acta de unión entre ambos pueblos es de 1815.

Dinamarca obtuvo su Constitución en 1849. En los Países Bajos tenemos una de las naciones que más á merced se encontraron de las luchas territoriales. El establecimiento del régimen constitucional sigue allí las vicisitudes de la formación del Estado. Tuvo este pueblo al consumar la unidad por la organización de la República batava una primera Constitución votada por el pueblo en 1798, Constitución revisada en 1801 primero y luego en 1805. Luis Bonaparte la otorgaba una en 1806, y en 1814, al instalarse en el trono de Holanda el príncipe Guillermo Federico, hizo adoptar por la Asamblea de Notables de Amsterdam la Constitución que aun hoy es la base de la organización política de aquel pueblo.

VIII

Con los pueblos indicados pueden considerarse citados los Estados modernos en los que se instaura el régimen constitucional como una reforma revolucionaria siempre de las instituciones tradicionales. Hay, sin embargo, alguno entre los no citados que ocupa una como posición intermedia é indefinida entre los pueblos nuevos (nuevos como Estados). Me refiero á Italia. Italia, como nación soberana é independiente, es un Estado nuevo. La última consagración de su existencia intangible data de 1870. Pero el régimen constitucional italiano es de fecha más antigua, y contiene elementos complejos de muy diversa índole. El Estatuto fundamental de toda Italia, es decir, la *primera* Constitución escrita que se puede conceptuar como el resultado de la expansión del principio francés, es de 1848, es la Constitución otorgada por Carlos Alberto al Piamonte y á Cerdeña, aplicada luego sucesivamente á los paí-

Digitized by Google

ses anexos en 1859, 1860, 1866 y 1870. Pero nada menos que diecinueve precedentes constituciones señala Dareste (1) al Estatuto citado, á partir de la Constitución de la República cisalpina de 27 de Marzo de 1797 hasta el Estatuto de Toscana de 1848. Esto aparte de otros Estatutos de carácter fundamental y general relativos al reino de Roma (1848) y al reino de Sicilia (1848), y la Constitucion republicana romana (1849).

Entre los Estados ya verdaderamente nuevos, creados en Europa bajo el influjo directo de las ideas modernas, la instauración de un régimen político cuya base es un documento escrito y solemne, surge de un modo espontáneo y natural. Al realizarse en 1822 la independencia de Grecia, el primer cuidado de la Asamblea nacional fué adoptar el Estatuto provisional de Epidauro, reemplazado más tarde en 1827 por la Constitución de Trezena, y en 1844 por la obra de la Asamblea de Atenas, revisada luego en 1864 después de la elección del rey Jorge.

Al separarse Bélgica de Holanda en 1830. se organizaba políticamente en 1831 mediante una Constitución escrita inspirada en la carta de Luis Felipe, Constitución hoy en plena revisión. Las diferentes provincias que poco á poco se han ido separando de Turquía para alcanzar una independencia más ó menos real, también se han organizado constitucionalmente: Rumanía en 1866, Servia en 1869, Bulgaria en 1879.

Al lado de estos Estados y para completar el cuadro de la expansión del principio constitucional en Europa, deben citarse todavía ciertas formaciones políticas complejas, que son hasta hoy las más altas manifestaciones de la idea del Estado moderno. Me refiero en este caso al Imperio austro húngaro y al Imperio alemán. Tienen estos dos países, sin embargo, muy distinto valor desde el punto de vista de nuestro estudio: sin duda es menor la significación *constitucional* de Austria-Hungría que la de Alemania. Alemania, Suiza y los Estados Uni-

(1) *Les Constitutions modernes*, I, 548.

Digitized by Google

dos, son en una medida mayor ó menor, la realización histórica más perfecta del Estado orgánico federal (Estado de Estados) (1).

Austria-Hungría, como Estado unido, no realiza el principio constitucional escrito con la *sencillez sistemática* que Alemania. La fusión política de los territorios de la monarquía austriaca y húngara es siempre imperfecta, así que á vuelta de mil contradictorios accidentes é intentonas por los que se pasa y repasa del régimen absoluto al representativo, la unión constitucional se afirmó en 1867 mediante las dos leyes votadas, una por el Parlamento cisleitano y otra por el Parlamento húngaro.

En cuanto á Alemania, sabido es que si bien tiene de antiguo un gran influjo en Europa como potencia nacional más ó menos definida, bajo su forma actual de imperio (Estado federal) es de fecha muy reciente. Sin duda para explicar su organización presente es preciso estudiar á Alemania como Confederación del Rhin (influjo francés), como Confederación germánica (influjo austriaco), y como Confederación del Norte (hegemonía prusiana); pero tratando sólo de señalar la manifestación última del principio constitucional en su evolución expansiva, debemos fijarnos sólo en la Constitución de 1867 de la confederación del Norte, adoptada después de oportunas revisiones en 1871 como Constitución del Imperio alemán.

IX

Si queremos completar el cuadro general de la difusión progresiva del régimen de las Constituciones escritas, según la indicación ya hecha antes, al señalar los orígenes de las Constituciones de los Estados europeos, es preciso añadir la de los orígenes é instauración de las diversas Constituciones del Continente americano, así como los relativos á la adaptación del

(1) Véase mi *Teoría del Estado*, pág. 215.

Digitized by Google

sistema en otros Estados formados, como los americanos, bajo el influjo del espíritu colonizador.

Prescindiendo en América de los Estados Unidos norteamericanos, que se organizan federalmente á raíz de la declaración de independencia, pueden distinguirse de un lado los Estados de la América central y meridional, hoy naciones independientes. Son casi todas, y se originan de las antiguas colonias europeas, principalmente españolas, que á principio del siglo actual se declararon separadas de la madre patria. Del otro lado están ciertas colonias que viven unidas á la madre patria y gozan de instituciones autónomas representativas; no se comprenden aquí las que viven bajo un régimen de asimilación y centralizador (Cuba y Puerto Rico, por ejemplo).

Respecto de los Estados, hoy naciones independientes, puede decirse, que en general, reproducen, con las variantes hijas de las circunstancias y del genio de la raza, la historia de la formación de los Estados Unidos norteamericanos. Empieza casi siempre por iniciar embozada ó abiertamente su tendencia separatista, que al fin consiguen y consagran en un *documento escrito* ó Constitución para el régimen político respectivo. Citaré todos los Estados de la América septentrional y meridional que caen dentro de estas indicaciones generales, reduciendo la cita á la designación del Estado de que se trata, é inclusión—entre paréntesis,—de la fecha ó fechas que pueden considerarse como culminantes en la aceptación del régimen constitucional (1) en el mismo.

He aquí cómo:

Méjico (primer intento frustrado de Constitución, 1813; otro intento de ley fundamental, 1821.—*Plan de Iguala*—, 1823; Constitución federal, 1824).—Provincias Unidas (Constitución de 1824; cada una de las cinco provincias hizo luego

(1) Detalles pueden verse en Dareito, obra citada, t. 2.°—Arosemene, *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América latina* (1886, París).—Bañados, Espinosa, *Derecho constitucional* (Santiago de Chile, 1889).

Digitized by Google

su Constitución como Estado federado, y más tarde, deshecha la unión como nación, según veremos, 1838).—Guatemala (1825-1851).—Salvador (1824-1859).—Honduras (1825-1865).—Nicaragua (1826-1838).—Costa Rica (1825-1848).—Haiti (1807-1843).—Santo Domingo (1844).—Colombia (1811-1821-1832).—Venezuèla (1811; española de 1812-1819-1830).—Ecuador (1821-1830-1843-1851, etc.)—Perú (1823-1826-1828).—Bolivia (1826-1831, etc.)—Chile (1812-1818-1822).—Argentina (1819-1826-1853).—Paraguay (1844-1870).—Uruguay (1829).—Brasil (1824).

De otros Estados, no independientes, coloniales, el que goza de aquella autonomía, que es casi una independencia constitucional, y merece especial mención, es el Canadá inglés (1867, sobre todo).

Como manifestaciones del principio constitucional triunfante fuera de los territorios á que ya nos hemos referido, deben citarse, por último, aquellas otras colonias inglesas que gozan hoy del *Home rule*, entre las que figura como la principal, Australia, y además las islas de Sandwich, el imperio del Japón y las tres Repúblicas africanas independientes: Liberia, Transvaal y República de Orange.

Tal es, hecho con la rapidez que el presente estudio exige, el origen y difusión del principio del Derecho constitucional escrito (2).

Octubre 1.° de 1893.

ADOLFO POSADA,
Profesor en la Universidad de Oviedo.

(2) A fin de que puedan comprenderse ciertas alusiones que se hacen en este artículo, debo advertir que forma parte del *Tratado de Derecho político* en su segundo tomo, *Derecho constitucional comparado*, que se publicará muy pronto.

Digitized by Google

LAS ÓRDENES RELIGIOSAS

Su existencia legal y capacidad civil en España.

Multiplicados extraordinariamente los Religiosos de todas las Órdenes en el último tercio de este siglo; fundándose cada día nuevos conventos y creándose, además, institutos nuevos, tales como las Congregaciones de Padres del Corazón de María, de los Hermanos de las Escuelas cristianas, Hermanitas de los pobres y otras, que cuentan en España con numerosas casas y establecimientos, todo cuanto se relacione con la capacidad civil de clase social tan respetable, reviste importancia notoria y llama naturalmente la atención de los jurisconsultos.

Ni los individuos de las Órdenes, ni las mismas Asociaciones religiosas, aun profesando la mayor pobreza y apartamiento de los bienes temporales, pueden excusar las relaciones jurídicas de orden civil, que son elemento necesario de vida para las personas, tanto físicas como morales ó jurídicas. Individuos y Corporaciones forman parte del todo social; y á medida que aumentan y se desarrollan, el círculo de sus relaciones de derecho se ensancha considerablemente.

Si durante muchos años han sido escasas las controversias que en el orden meramente civil surgían con los Religiosos ó con las Comunidades mismas, por su lánguida y difícil existencia, desde hoy en adelante no dejarán de presentarse cuestiones jurídicas delicadas.

Interesa, por tanto, conocer de una manera exacta la historia y el actual estado de nuestra legislación respecto de la le-

Digitized by Google

galidad, y por consiguiente capacidad jurídica, de los institutos é individuos religiosos, por las muchas aplicaciones que ello puede tener en la práctica forense y por lo incierto y dudoso, hasta hoy, de la doctrina.

Para reconocer ó negar á las Corporaciones, Asociaciones y fundaciones de interés público los derechos de la personalidad jurídica, ha escrito el Código civil una sola regla: «Que estén reconocidos ó no por la ley» (art. 35). Si lo están, gozan de todos los derechos civiles; no estándolo, carecen de ellos, porque no se les otorga la condición de personas jurídicas. Pero como la dificultad consiste en saber de qué modo se verifica ese reconocimiento y qué formalidades ha de reunir para que surta efectos, cuando se ha preguntado qué aptitud tenían las Comunidades religiosas para adquirir y poseer los establecimientos, iglesias y colegios que veíamos levantarse en nuestras poblaciones y cuáles eran los medios más adecuados y eficaces para ordenar y asegurar la titulación de su propiedad, difícilmente concordaban los pareceres y con dificultad se podía dar una contestación segura.

No es maravilla tal incertidumbre. Los libros de derecho más conocidos son anteriores á la restauración y difusión de las Ordenes religiosas; y cuando no callan acerca de cuestión tan ardua, se limitan á reproducir las disposiciones de la ley de 1837 sobre los Religiosos exclaustrados. Aun los libros más modernos, escritos algunos por profesores conspicuos, carecen todavía de datos suficientes para que el hombre de ley, Magistrado ó Abogado, pueda formar una opinión clara y firme acerca de los varios extremos que abarca la cuestión.

Parece, pues, su estudio de utilidad indudable, sobre todo ahora que la ley de Asociaciones de 30 de Junio de 1887 y el Código civil establecen preceptos terminantes, con los cuales deben acabar las inseguridades de la legislación anterior.

En todo caso, no será tiempo perdido el destinado á tratar materia tan importante, si este trabajo sirve, al menos, de estímulo para que inteligencias más ilustradas pongan mano en

Digitized by Google

la obra y hagan brillar ante los ojos de todos con los esplendores de su saber la verdad que yo me propongo demostrar.

I

Nuestros antiguos Códigos, en que tanto lucen y resplandecen el sentimiento y espíritu católicos, no contienen, sin embargo, ley alguna que expresamente autorice la existencia de las Órdenes religiosas. La doctrina jurídica romana, según la cual sólo eran capaces de derechos y obligaciones las sociedades ó colegios lícitos, parecía aconsejar al legislador español el reconocimiento expreso, por precepto positivo, de las Órdenes monásticas, que tantos derechos y aun privilegios gozaban; pero, en realidad, no era, ni se reputó necesario.

Dudar que en España, desde el tercer Concilio Toledano, fuesen colegios lícitos las Comunidades religiosas, hubiera sido lo mismo que imaginar desacuerdo ú oposición entre el Estado y la Iglesia, desconociendo esta verdad evidente: que la conversión de Recaredo y la abjuración del cisma Arriano puso á la sociedad española en completa identificación con el dogma y doctrina católicos.

El Estado español hacía profesión de hijo fidelísimo de la Iglesia y no podía menos de reconocer como lícito y meritorio cuanto ella permitía y aprobaba. De aquí que nuestras antiguas leyes supongan la existencia legítima de las Órdenes, atribuyan á los votos religiosos todos sus efectos canónicos y otorguen privilegios y exenciones á las Comunidades. Á nadie, pues, se le ocurría poner en tela de juicio la perfecta capacidad jurídica de las Corporaciones regulares.

La duda no surge hasta las primeras extinciones iniciadas por Carlos III, que se repiten luego por el Gobierno de 1820 á 1823, y se generalizan más tarde por la ley de 22-29 de Julio de 1837. El art. 1.º de la misma declaró «extinguidos en la Península, islas adyacentes y posesiones de España en África *todos* los monasterios, conventos, colegios, congregaciones y demás casas de religiosos de *ambos sexos*».

Digitized by Google

Fué tan radical la supresión de Regulares, que únicamente la imposibilidad de sustituirlos movió á conservar algunos colegios; los de misioneros para las provincias de Asia, establecidos en Valladolid, Ocaña y Monteagudo, nada más; y aun éstos quedaron bajo la dirección del Gobierno, que fijaría el número de individuos de cada colegio y arreglaría todo lo concerniente á su buen régimen y á la admisión de novicios (art. 2.º).

Necesidades análogas recomendaban librar de la supresión á otras Comunidades dedicadas á la enseñanza y á la hospitalidad y asistencia de enfermos; pero el ánimo de los legisladores estaba tan envenenado, que, á pesar de la utilidad notoria que siempre había de reportar la subsistencia de aquellos piadosos institutos, sólo se autorizó al Gobierno para conservarlos *provisionalmente,* mientras no hallase medios de suplirlos y á condición de que perdieran su carácter de Corporaciones religiosas, sujetas á la observancia de los votos, conforme al derecho canónico.

He aquí el texto del art. 3.º de la ley de 1837: «Se autoriza al Gobierno para que *provisionalmente,* y donde lo juzgue necesario, mientras se provee por otros medios á la enseñanza, conserve *algunas casas de Escolapios;* pero estas casas *no se considerarán como Comunidades religiosas,* sino como establecimientos de instrucción pública, dependientes del Gobierno, que les dará reglamentos para su régimen interior, y con sujeción, en cuanto á la enseñanza, á los planes generales que rigen ó rigieren en adelante.»

Lo mismo vienen á establecer, respecto de los Hermanos Hospitalarios, Hermanas de la Caridad de San Vicente de Paul y algunos otros institutos, los artículos siguientes hasta el 8.º

En cuanto á las monjas, á quienes un sentimiento de conmiseración impedía lanzar violentamente de la única morada en que podían vivir y que de antemano se habían elegido por sepultura, escasamente toleró el art. 9.º á las que deseasen perseverar en tal género de vida, que continuasen en ella, bajo el

Digitized by Google

régimen de las Preladas que eligieran...; pero podían romper sus votos cuando quisiesen sin ningún miramiento con los cánones y jurisdicción eclesiástica; se facultó á las religiosas para solicitar su exclaustración ante la *Autoridad civil* (Jefe político ó Alcalde), que la concedería *sin ningún género de retraso*, conforme al art. 12, haciéndose imposible el reingreso de las exclaustradas en el convento, según el art. 13; disposiciones que estuvieron vigentes hasta la promulgación del Concordato (1).

Muertas á mano airada, de un solo golpe, las Órdenes religiosas, no habían menester propiedad, ni se permitió siquiera que la conservasen aquellas Comunidades que habían de subsistir. Desviados así los bienes de su propio destino, quedó franca y expedita la vía de la incautación. «Todos los bienes raíces, dijo el art. 20, rentas, derechos y acciones de *todas* las casas de comunidades de ambos sexos, *inclusas las que quedan abiertas*, se aplican á la Caja de amortización para la extinción de la deuda pública...» Pero si las Órdenes monásticas é institutos religiosos perecían, á los individuos no se les podía suprimir de una plumada: era forzoso reconocer que vivían y que, en cuanto ciudadanos, tenían capacidad jurídica igual que los demás españoles. Por esto al propio tiempo que la ley dejaba sin existencia, y por consiguiente, sin personalidad á las Asociaciones religiosas, declaraba en el art. 38, que los individuos secularizados y exclaustrados de ambos sexos, sin exceptuar á las monjas que continuasen en clausura, gozarían de la testamentifacción, de la capacidad para adquirir entre vivos ó *ex testamento* ó *abintestato*, y de los demás derechos civiles correspondientes á los eclesiásticos seculares. Tanto empeño hubo en borrar la idea de las Órdenes monásticas, que se prohibió (art. 14) «á las personas de ambos sexos el uso público del hábito religioso», sin duda para que no quedase rastro, ni me-

(1) Véase la Real orden de 24 de Diciembre de 1851.

Digitized by Google

moria, ni apariencia de la vida del claustro. Esta fué la obra legislativa del antiguo partido progresista.

Como en aquellos tiempos era tan viva y pronunciada la oposición política, el partido moderado se propuso seguir otra ruta y calmar los ánimos de cuantos veían con pena y con enojo los rigores de la ley de 1837. Así, pues, ora interpretando amplia y benignamente sus disposiciones respecto de las monjas; ora restableciendo en 5 de Marzo de 1854 la existencia legal, como instituto religioso, de los PP. Escolapios; ora, en fin, autorizando paulatinamente la fundación de Comunidades de varones de diversas Órdenes, minó y deshizo poco á poco el edificio levantado por el partido contrario.

No lo pudieron sufrir con paciencia los progresistas, y tan pronto como llegaron al poder en 1854, se apresuraron á expulsar á los pocos Religiosos que se habían congregado en nuevas Comunidades, sin que bastase para defender á los monjes de San Jerónimo la protección de la Reina, que había restablecido y dotado con bienes de su particular patrimonio uno de los más célebres monasterios de la Orden (1).

Todavía en 1868, cuando, triunfante la Revolución de Septiembre, volvieron á empuñar las riendas del Gobierno hombres de exaltadas ideas, se dictaron los famosos decretos de 12, 15 y 18 de Octubre (2), que suprimieron de nuevo la Compañía de Jesús y «todos los monasterios, conventos, colegios, congregaciones y demás casas de religiosos de ambos sexos, fundados en la Península é islas adyacentes desde 29 de Julio de 1837», y pusieron otra vez en vigor el art. 38 de la ley de esta fecha, contradicho por el Real decreto de 25 de Julio de 1868. Pero las disposiciones revolucionarias mencionadas fueron las últimas con que se intentó resucitar y fortalecer la ley exclaustradora.

Al imperio de tales preceptos, como dice un conocido es-

(1) El de San Lorenzo de El Escorial.

(2) Véase en la *Colección legislativa*.

Digitized by Google

critor (1), vino de hecho á sobreponerse el principio de libertad de asociación, proclamado en la Constitución de 1869 y mantenido en la de 1876: el caso es que á la sazón presente contamos en España numerosas Congregaciones religiosas de ambos sexos.

Las de mujeres, que se conservaron en 1837, no sólo gozan plena libertad para subsistir, admitiendo novicias, sino que han multiplicado grandemente los antiguos institutos y visto nacer otros nuevos, tan extendidos hoy como los de las Hermanitas de los pobres, Religiosas del Sagrado Corazón, Carmelitas de la Caridad, Adoratrices, Oblatas, Siervas de María, Siervas de Jesús, Esclavas del Sagrado Corazón, Hermanas de la Esperanza y otras muchas, que diariamente aparecen entre nosotros y se ostentan como guía de la juventud, báculo de la vejez, refugio de la debilidad, y alivio y consuelo en las enfermedades.

Las de varones, á más de conservar los tres conventos de Valladolid, Ocaña y Monteagudo, que respetó la ley de 1837, y las casas de PP. Escolapios, notablemente acrecentadas y restablecidas como corporaciones propiamente religiosas é independientes en su régimen interior de toda ingerencia oficial, tienen ahora multitud de conventos de Agustinos, Franciscanos observantes, Descalzos y Capuchinos, Dominicos, Carmelitas, Trinitarios, Jesuitas, Paules, Filipenses, Redentoristas, Pasionistas, Canónigos regulares de San Agustín, Hermanos de San Juan de Dios y de las Escuelas cristianas, Padres Salesianos y del Corazón de María, Monjes Cartujos y Trapenses y de otras Órdenes que sería difícil y prolijo enumerar.

Lejos de mantenerse ya la prohibición del hábito religioso, que no hace muchos años se miraba como cosa exótica, su uso público ha encarnado otra vez en nuestras costumbres, y á nadie sorprenden los diversos trajes de la milicia eclesiástica re-

(1) El Sr. Martínez Alcubilla, pág. 398, tomo 8.° de su *Diccionario*, edición 4.ª

Digitized by Google

gular, que con frecuencia vemos por las calles de nuestras poblaciones ó en los coches de los ferrocarriles.

Sin embargo de todo esto, dúdase aún si la legislación exclaustradora de 1837, restablecida en 1868, está ó no derogada. Autor moderno é ilustre hay que, después de concienzudo estudio sobre la materia, no se atreve á formular opinión bien definida; y cuando se ha pedido dictamen sobre la capacidad jurídica de esas Congregaciones religiosas que brotan por doquier, ha solido darse con escasa firmeza y seguridad.

¿De qué han provenido semejantes vacilaciones? ¿Puede darse hoy una solución categórica al problema de la capacidad jurídica de las Comunidades religiosas? La naturaleza especial de nuestra legislación en la materia, siempre delicada y sobre todo en este siglo, exige una detenida explicación de los textos legales y del desarrollo histórico de los principios que conducen á responder á estas preguntas.

II

La política que engendró la ley de 1837 y otras muchas disposiciones que la precedieron y siguieron, abrió un abismo entre la Iglesia y el Estado. Por largos años permanecieron rotas las relaciones del Gobierno español con la Santa Sede: no se nombraron Obispos, ni se permitió conferir las órdenes sagradas, y á punto estuvimos de caer formalmente en el cisma.

Situación tan violenta preocupaba con razón los espíritus é impulsó á buena parte de nuestros hombres políticos á desear la reconciliación con el Pontífice Romano, entablándose negociaciones que, aunque marcharon lentamente, dieron por resultado el Concordato de 1851, en donde quedó fijada la condición jurídica de la Iglesia en España. De esta tendencia á la pacificación religiosa no participó una importante agrupación política: la que entonces se llamaba progresista censuró toda tentativa de acomodamiento con la Iglesia; no aceptó

Digitized by Google

el Concordato; rompióle más ó menos abiertamente, y cuando tomó por sí sola las riendas del Gobierno, expulsó al Nuncio de Su Santidad. Conservaba este partido hondas raíces en el campo de la política militante, y de aquí que, así en las negociaciones como en el Concordato mismo, se tratásen algunos puntos con muy delicado miramiento. Fué uno de ellos lo concerniente á las Ordenes religiosas, sus bienes y derechos.

La Iglesia no podía menos de reclamar la plena libertad de su fundación y difusión, con todos los derechos indispensables para la vida de sus corporaciones. El Estado, donde tanto influían los autores de la exclaustración, difícilmente podía pactar lo que contradijera de un modo explícito aquella apasionada medida sin riesgo de ver desaprobado por los adversarios y por las Cortes el arreglo con el Sumo Pontífice. Conviniéronse, pues, únicamente ciertos puntos capitales que entrañaban como consecuencia indeclinable el reconocimiento de las Ordenes religiosas en España; pero sin declararlo tan abiertamente que ofendiese las preocupaciones contrarias á los Institutos monásticos.

«La religión católica, comienza diciendo el Concordato en el art. 1.º, se conservará... con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar, según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones»; y como es derecho innegable de la Iglesia fundar Congregaciones y Ordenes religiosas, este solo artículo venía á dejarlas ya, tácita, pero solemnemente autorizadas.

Toda sociedad perfecta, es decir, completa, independiente y que deba poseer los medios indispensables para lograr su fin, tiene derecho á crearse cuantos auxiliares necesite para conseguirle. Las Comunidades religiosas son auxiliares valiosísimos para alcanzar la perfección y salvación de las almas, que es el fin de la sociedad eclesiástica. Luego la Iglesia tiene derecho á fundar y aprobar toda clase de asociaciones religiosas.

Afirman expresamente este derecho, natural y divino en su origen, los sagrados cánones, los cuales atribuyen al Romano

Digitized by Google

Pontífice, Jefe de la Iglesia, la facultad de crear institutos regulares y gobernarlos directamente por medio de superiores propios, independientes de los Prelados ordinarios. Con razón se considera tal potestad una de las principales de la Iglesia, resultando evidente que donde quiera que se la reconozcan «todos sus derechos y prerrogativas», como lo hace el art. 1.º y fundamental del Concordato, queda proclamada su autoridad para establecer legítimamente Comunidades religiosas.

«Todo lo perteneciente á personas y cosas eclesiásticas que no haya sido objeto de especiales disposiciones en los artículos anteriores, dijo el 43, será dirigido y administrado según la disciplina de la Iglesia, canónicamente vigente.» Luego si ésta tiene y estima por joyas preciosísimas á las Ordenes monásticas, lógicamente se había de inferir su admisión en España, mientras no lo contradijera claramente algún otro artículo del mismo Concordato.

De primera impresión podía opinarse que el sentido de los artículos 29 y 35, párrafo 2.º, era opuesto al restablecimiento general de toda clase de Ordenes religiosas, por cuanto las disposiciones citadas mencionaban sólo las Congregaciones de San Vicente Paúl y de San Felipe de Neri, entre las de varones, que el Gobierno se comprometía á establecer. Pero no se necesita mucha meditación para rechazar en seguida semejante idea: una cosa es reconocer la legalidad de las Ordenes religiosas, asunto comprendido en los artículos 1.º y 43, y otra muy distinta procurar que se establezcan algunas y proveer á su subsistencia. A esto último es á lo que se obligó el Gobierno español en los artículos 29 y 35; y la limitación del compromiso activo á determinadas Ordenes, no excluye á las demás del reconocimiento general, implícito en la admisión de la disciplina eclesiástica.

Confírmase este parecer advirtiendo que el mismo art. 29 añade al establecimiento de las dos Congregaciones expresadas el de «otra Orden de las aprobadas por la Santa Sede»; con lo cual es visto que ninguna Orden religiosa de las muchas que

Digitized by Google

florecen en el campo de la Iglesia y consagra la disciplina eclesiástica, quedaba exceptuada de la elección que el Gobierno, oyendo previamente á los Obispos, había de hacer. Si sobre cualquiera de las asociaciones aprobadas por la Santa Sede podía recaer la designación, es claro que todas se colocaban al mismo nivel legal. Lo único que habría desvirtuado el rigor lógico de este raciocinio habría sido una declaración posterior de las altas partes contratantes, señalando, entre las aprobadas, la Orden que el Concordato se abstuvo de concretar; pero tal declaración no se ha hecho, ni debió entrar en la mente de los autores del Concordato poner límites á aquella expresión, *estudiadamente* genérica.

Tampoco respecto de las Comunidades religiosas de mujeres mencionó el art. 30 más que á las Hijas de la Caridad, dirigidas por clérigos de San Vicente de Paúl y á las religiosas que unieran á la vida contemplativa la educación y enseñanza de niñas ú otras obras de caridad; pero adicionó, *respecto de las demás Ordenes*, que los Prelados ordinarios, atendidas todas las circunstancias de sus respectivas diócesis, propondrían las casas de religiosas en que conviniese la admisión y profesión de novicias. No excluyendo á ninguna Orden de la benevolencia de los Obispos, todas ellas, unas aquí, otras allá, podían tener en España existencia legal, si, como preceptuaba el artículo 43, las aprobaba la disciplina de la Iglesia, canónicamente vigente.

De hecho, en tal sentido recibió el Concordato aplicación inmediata, donde quiera que no se temían los peligros creados por la pasión política contra las Órdenes regulares; pues á más de subsistir muchos conventos de Capuchinas, Carmelitas, Huelgas, Comendadoras y otras dedicadas exclusivamente á la vida contemplativa, fundáronse monasterios nuevos, en número crecido, sobre todo desde 1856.

Compréndese bien que no siguieran de pronto este impulso las Comunidades de varones. Como de sus antiguos conventos no quedó ninguno y eran vagos y entrevelados los términos

Digitized by Google

del reconocimiento de su legalidad, recelaron las Órdenes y los Prelados aventurarse en fundaciones nuevas, mientras no se declarase más el pensamiento del legislador. Nada adecuada era para disipar los temores la actitud de protesta que, así en la oposición, como en el poder, adoptaron los progresistas contra la interpretación del Concordato en sentido favorable al restablecimiento de los Regulares.

La razón y la justicia debían al cabo triunfar, y poco á poco fué, en efecto, aceptándose que las genéricas disposiciones concordadas llevaban consigo la derogación de la ley exclaustradora de 1837 y el reconocimiento, cuando menos en principio, de la personalidad jurídica y capacidad de adquirir y poseer de las Comunidades religiosas.

Aparte la incompatibilidad substancial que mediaba entre los preceptos de aquella ley y lo pactado en el Concordato, categóricamente dijo éste en el art. 45 que se tendrían por derogadas, *en cuanto á él se opusiesen*, las leyes, órdenes y decretos publicados de cualquier *modo y forma* en los *dominios* de España. Era, pues, en rigor innecesario acudir á las reglas de hermenéutica, dada la declaración del art. 45, para asentar que la ley de 1837 no debía reputarse vigente después del Concordato, por estar en oposición con él.

Nada se habló en cuanto á la facultad de exclaustrarse concedida á las Religiosas profesas por el art. 12 de la ley de 1837, ni respecto á la prohibición contenida en el art. 13, de que las exclaustradas volviesen á la vida común; pero la Real orden de 24 de Diciembre del mismo año 1851 (1) proclamó que «*en virtud de los artículos 43 y 45 del Concordato*», es decir, en virtud del restablecimiento de la disciplina de la Iglesia, «se hallaban derogadas las disposiciones de los arts. 12 y 13 de la citada ley de 29 de Julio de 1837»; y que, por tanto, la exclaustración de Religiosas—en general, no solamente de las que reuniesen las condiciones del art. 30—no podía hacerse sino en

(1) *Colección legislativa;* tomo 54, pág. 694.

Digitized by Google

la forma canónico-legal que siempre ha reconocido la Iglesia.

Así debía discurrirse desde el punto y hora en que la Religión Católica era la del Estado y había de conservarse con todos sus derechos. Permitir el quebrantamiento de la clausura y la santidad de los votos, como en mal hora lo hizo la ley de 1837, habría sido contradecir la estipulación solemne de que lo no previsto en el Concordato se regiría y administraría conforme á la disciplina eclesiástica, canónicamente en vigor.

Aunque el transcurso del tiempo había ido enfriando las pasiones y deshaciendo la malevolencia contra las Órdenes religiosas, no las había extinguido del todo, como veremos; pero las dudas se iban disipando cada vez más, porque sobre lo declarado ya en la citada Real orden de 1851, se publicó otra en 19 de Septiembre de 1867, á tenor de la cual «era indudable que por el Concordato con la Santa Sede, publicado como ley del Estado en 17 de Octubre de 1851, fué derogada la ley de 29 de Julio de 1837 (1).

Bien se ve ahora por qué la multiplicación de los conventos de Religiosas, la fundación de nuevas Comunidades y la reaparición de las de varones extinguidas, fué operándose con lentitud y á compás que renacía la confianza por la corriente favorable de las ideas y declaraciones del Gobierno.

Pero aun no estaba asegurada la paz religiosa; la Revolución de Septiembre de 1868 vino de nuevo á turbarla con la promulgación de sus famosos decretos contra las Ordenes regula-

---

(1) *Colección legislativa;* tomo 98, pág. 399.—Una sentencia del Tribunal Supremo, fecha 4 de Octubre de 1860, había declarado que los arts. 30, 35 y 41 del Concordato no introdujeron novedad alguna en cuanto á la capacidad de adquirir los Regulares, como individuos.—Otra de 24 de Mayo de 1872, dijo que en 1859 podían las Religiosas profesas disponer de sus bienes en testamento, con arreglo al art. 38 de la ley de 1837. Ya se ve que en estos casos sólo se trató de la capacidad jurídica de las monjas, como individuos, no de la capacidad de las Comunidades. Parece, sin embargo, que la última citada sentencia suponía incapaces de adquirir á los conventos; y de todos modos, esos fallos no se compaginan bien con los arts. 43 y 45 del Concordato.

Digitized by Google

res. El de 12 de Octubre suprimió la Compañía de Jesús, que tenía á la sazón varios y bien poblados colegios. En el mismo día propuso la Junta revolucionaria de Madrid «la extinción de todas las Comunidades y asociaciones religiosas *restablecidas ó creadas* por los anteriores Gobiernos»; y así lo acordó el Gobierno provisional por decreto de 18 del propio mes, cuyo artículo 1.º dice textualmente:

«Quedan extinguidos desde esta fecha todos los monasterios, conventos, colegios, congregaciones y demás casas de religiosos de ambos sexos, fundados en la Península é islas adyacentes desde 29 de Julio de 1837 hasta el día.»

Otro decreto de 15 de Octubre había ya derogado el de 15 de Julio del mismo año 1868, por el cual, al par que se reconocía validez á los actos de dominio que hubiesen ejecutado las Religiosas profesas conforme á la ley de 1837, se declaraba paladinamente el derecho de las Comunidades para adquirir y poseer bienes, según las leyes canónicas, y se negaba valor y efecto á las adquisiciones que en adelante hiciesen individualmente las Religiosas. La Revolución restableció el art. 38 de la ley exclaustradora.

Estos primeros desatinados actos y furores revolucionarios estaban en flagrante contradicción con el lema y principio cardinal del pronunciamiento. En nombre de la «Libertad» se propuso la extinción de las Comunidades religiosas (1); en nombre de la «Libertad» consignó al poco tiempo el art. 17 de la Constitución de 1869 que «ningún español *podía ser privado del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana*, que no fueran contrarios á la moral pública». Nadie osó decir que el fin religioso católico, propio de las Ordenes monásticas, fuese contrario á la moral pública. Cabalmente por ser el fin de la Iglesia la cosa más conforme con la moral, se había de comprender muy pronto que las asociaciones religiosas estaban amparadas por la ley orgánica del Estado.

(1) Decreto de 12 de Octubre de 1868.—Considerando 1.º

Digitized by Google

Difícil resultaba, no obstante, aplicar sin dilación el principio constitucional á corporaciones que acababan de ser nuevamente proscriptas y contra las cuales abrigaban todavía hostilidad marcada algunos gobernantes. Pero no transcurrieron dos años sin que el art. 17 produjese sus naturales consecuencias, patentizándose á la vez la profunda modificación que operó la lógica en el criterio de los partidos políticos.

En la sesión que la Cámara popular celebró en 17 de Noviembre de 1871 fué leída esta proposición:

«Pedimos al Congreso se sirva declarar que quienquiera que coarte la libertad de fundar y conservar los Institutos y Comunidades religiosas que la Iglesia autoriza... *contraría é infringe* la Constitución vigente en España, así en su letra, como en su espíritu.»

El Ministerio Malcampo, formado con hombres del antiguo partido progresista, se opuso á tal declaración, mas no se atrevió á combatirla de frente, y la propuesta fué tomada en consideración por 224 votos contra 2. Acordóse discutirla sin pérdida de tiempo, y entonces el Gobierno apoyó otra proposición de «no ha lugar á deliberar», que fué desechada por 174 votos contra 118. Mientras tanto habíase obtenido de D. Amadeo de Saboya el decreto de suspensión de las sesiones, y la discusión no dió otro resultado práctico que mostrar el criterio de los diversos partidos y personajes políticos. Votaron en pro los carlistas, todos los republicanos desde Castelar á Pí y Margall, y los demócratas y radicales capitaneados por Ruiz Zorrilla y Becerra. Votaron en contra los que se titulaban Constitucionales, juntamente con los restos de la Unión liberal, como los Sres. Ríos Rosas y Romero Robledo. Por cierto que este último fué quien sostuvo todo el peso de la discusión, y el primero que cuatro años después trajo á España Comunidades religiosas, como la de Capuchinos de Antequera.

Nada interesante para el asunto hay que notar en los tiempos de la República; pero al surgir la Restauración monárquica abrióse la era de paz religiosa en que vivimos. Apenas se

Digitized by Google

hubo constituído el Ministerio-Regencia declaró solemnemente á los Prelados y Vicarios Capitulares, en circular de 2 de Enero de 1875, que se restablecerían las buenas relaciones con el Padre común de los fieles, se procedería en todo lo que pudiese afectarlas con el consejo de sabios Prelados y de acuerdo con la Santa Sede, «y se daría á la Iglesia y á sus Ministros toda la protección que se debía en una nación como la nuestra, eminentemente católica» (1).

Reanudadas, en efecto, las relaciones con el Papa, se proclamó en la Constitución de 1876 religión del Estado, la Católica, Apostólica, Romana; y el Concordato, roto, aunque sin declaración expresa, desde la Revolución, quedó también restablecido sin declaración formal, pero mediante muchas virtuales, en donde se le cita y aplica como vigente (2).

La misma Constitución de 1876, que impera desde entonces, reprodujo substancialmente el art. 17 de la de 1869, pues declara en el 13 que «todo español tiene derecho... de asociarse para los fines de la vida humana.»

En vista de lo expuesto, cabe ahora preguntar: ¿deben reputarse en vigor los decretos de 1868 y la ley de 1837 por ellos restablecida? Examinémoslo.

III

En la sesión del Congreso de 11 de Noviembre de 1876 preguntó el Diputado Sr. Martón al Ministro de Gracia y Justicia, D. Cristóbal Martín de Herrera, si estaba ó no conforme con el decreto de 18 de Octubre de 1868, pues estándolo debía hacerlo cumplir y, caso contrario, derogarlo. El Ministro,

(1) Véase *Colección legislativa*, tomo 114, pág. 4.

(2) Véanse las Reales órdenes de 3 de Enero de 1876 y 25 de Abril de 1875, así como los Reales decretos de 26 de Febrero de 1877, 22 de Noviembre de 1880, 19 de Mayo de 1881 y 9 de Marzo de 1885, que pueden consultarse en el *Diccionario* de Alcubilla, tomo 2.°, págs. 861 y siguientes, y tomo 6.°, pág. 912 de la edición 4.ª

Digitized by Google

después de notar que la pregunta envolvía una cuestión muy delicada, como era la intervención del Gobierno en los asuntos religiosos, la interpretación del art. 11 de la Constitución y las relaciones entre la potestad civil y la eclesiástica acerca de las Comunidades religiosas, acabó por declarar, «que tal decreto no había podido subsistir desde el momento que se restableció el artículo que le corresponde del Concordato de 1851» (1).

Prácticamente así lo entendió aquel Gobierno y todos los que le han sucedido. A ello hay sin duda que atribuir el establecimiento de numerosas Comunidades de todas las órdenes; por ejemplo, las de Capuchinos de Antequera, Pamplona y Sanlúcar; las de Carmelitas de Avila, Burgos y otros puntos; las de Franciscanos de Santiago, Vich y Santi Spíritus (Valencia); las de Dominicos de Salamanca y Palencia; las de Jesuitas de Loyola, Oña y Veruela; las de Pasionistas de Deusto y Peñaranda; las muy extendidas de Hermanos de la Doctrina Cristiana y de San Juan de Dios; las de Trapenses y Salesianos, y tantas otras de prolija enumeración.

Muchas de estas Comunidades, probablemente todas ellas, se han fundado con autorización expresa del Gobierno en Reales órdenes, no insertas (2), es verdad, en la *Colección legislativa*, mas no por ello menos auténticas, eficaces y conocidas, pudiendo consultarse sus originales en sus respectivos expedientes.

---

(1) *Diccionario* de Alcubilla, 4.ª edición, tomo VII, página 394, nota.

(2) Se explica que no se hayan publicado en la *Gaceta* por no entrañar ninguna novedad legislativa, una vez restablecida la harmonía entre la Iglesia y el Estado, puesto de nuevo en vigor el Concordato y asentado el principio constitucional de la libertad de asociación.

El principal objeto de tales Reales órdenes era dar una garantía escrita á los fundadores de nuevos conventos, que, temerosos de la antigua política y sabedores de las interpretaciones contradictorias dadas por los partidos políticos al derecho de asociación, no se atrevían á erigir nuevas casas sin anuencia de los Gobiernos, encargados de velar por el cumplimiento y recta aplicación de las leyes.

Digitized by Google

Prueban esas Reales órdenes, que desde 1876 acá no ha considerado nunca el Poder ejecutivo vigentes las leyes contra los regulares, pues á ciencia y paciencia de los Gobiernos vienen estableciéndose Comunidades religiosas de ambos sexos hace más de tres lustros. De reputar viva la legislación revolucionaria, como quiera que las Reales órdenes no derogan las leyes, los Ministros que las dictaron, autorizando instituciones que la ley vedaba, y los Gobiernos que lo consistieron, habrían contraído responsabilidad notoria.

Derogación especial de los decretos de Octubre de 1868 no existe; pero el art. 13 de la Constitución de 1876; la aplicación diaria de las disposiciones del Concordato, como prueba de su restablecimiento; la declaración del Gobierno por boca del Ministro de Gracia y Justicia en el Congreso de los Diputados, y, sobre todo, la incompatibilidad absoluta de la ley exclaustradora y los decretos aludidos, por lo concerniente á las Ordenes religiosas, con la ley de Asociaciones de 30 de Junio de 1887 y con los preceptos del Código civil, no dejan duda ninguna de que en la derogación genérica que contienen estos dos últimos cuerpos legales en sus respectivos artículos 19 y 1976 están incluídos los decretos de la Revolución. Antes de la ley de Asociaciones entendieron ya con razón los Gobiernos, que el Concordato debía prevalecer sobre la legislación revolucionaria.

La legalidad de las Ordenes regulares no se desconoce ya por agrupación política ninguna, siendo de notar que en ese campo era donde cabalmente estaba oscurecido el derecho.

Disuelto el antiguo partido progresista y aceptada por los republicanos, radicales y demócratas en la votación citada de 1871 la legitimidad constitucional de las Comunidades religiosas, sólo faltaba el reconocimiento obtenido en la ley de Asociaciones, de los llamados constitucionales, que hoy militan en el partido liberal. He aquí cómo se llegó al acuerdo unánime en cuestión tan litigada.

Al discutirse en el Congreso la ley de 30 de Junio de 1887,

Digitized by Google

declararon sin rodeos los Sres. Mellado, Garijo y otros individuos de la Comisión y del Gobierno, que el partido liberal ó fusionista renunciaba por completo á las preocupaciones de los antiguos progresistas contra la Iglesia y las Comunidades religiosas, y que la ley se hacía de acuerdo con el Nuncio de Su Santidad y con los demás partidos políticos para comprender en ella á todos los Institutos religiosos.

Dió ocasión para tales manifestaciones el voto particular presentado por el Diputado D. Alfonso González, voto que, reproduciendo un artículo del proyecto del anterior Ministerio, dejaba al arbitrio del Gobierno exigir garantías especiales, y aun disolver ó suspender, cuando le parecieran nocivas, las asociaciones, religiosas ó no, cuyos jefes residiesen en el extranjero.

Comprendióse al punto, pues estaba bien claro, que semejante disposición iba dirigida, no sólo contra la Internacional, sino contra las Ordenes religiosas que, como es sabido, tienen sus Generales en Roma.

La Comisión, con asentimiento del Gobierno y á excitación de varios individuos de diversos lados de la Cámara, había suprimido el artículo que el voto trataba de restablecer; impugnó éste diciendo que habían pasado los tiempos de hostilidad sistemática contra la Iglesia, y recordó que ya en 1871 declaraba el Ministro de Gracia y Justicia, Sr. Montero Ríos, en el preámbulo de su proyecto de presupuesto del Clero que, según la Constitución de 1869, las Ordenes religiosas eran libres dentro de España (1).

«Todas las fracciones de la Cámara, decía el Sr. Mellado, están conformes con los puntos generales de la ley, que consideran como una gran mejora. Y en este punto *la reforma de transcendencia*, que se ha hecho, consiste *en haber traído por*

(1) Véase en el *Diario de Sesiones* el preámbulo del proyecto presentado en 1.° de Octubre de 1871.—El art. 14 del Proyecto de ley se expresaba así: «Las Congregaciones y Ordenes religiosas existentes en la actualidad, ó que en lo sucesivo se fundaren con arreglo al art. 17 de la Constitución...»

Digitized by Google

primera vez á las Asociaciones religiosas á que entren en el derecho común, no con el sistema preventivo, según el cual, mientras dura la autorización previa, la Iglesia queda sometida á la facultad discrecional del Gobierno de permitirle ó no asociarse, sino con el sistema democrático y liberal á la moderna, sin las antiguas prevenciones justificadas algún tiempo por las luchas sostenidas entre el elemento seglar y el religioso.»

También el Presidente de la Comisión, Sr. Garijo, manifestó que lo discutido realmente en el voto particular era si las Asociaciones religiosas podían vivir como las demás asociaciones, punto que la ley resolvía en sentido afirmativo.

Y el Presidente del Consejo de Ministros, Sr. Sagasta, á quien se quería poner de parte del voto recordándole cierto decreto de 1868, le desautorizó declarando que si entonces había adoptado algunas precauciones excepcionales, fué para prohibir asociaciones que se hallaban en rebeldía contra las instituciones liberales; pero no los institutos religiosos.

En vista de todo fué retirado el voto particular, y su autor, rectificando, dijo que deseaba ver florecer en España las Corporaciones religiosas tanto como los demás Sres. Diputados, y que el voto no tendía á contrariarlas.

Fué, pues, la ley votada por todas las fracciones de la Cámara: los conservadores, lejos de oponerse, reclamaron, así en el Congreso como en el Senado, las mayores concesiones en favor de las Ordenes monásticas, á pesar de que el Sr. Abarzuza les echó en cara en el Senado el abandono de sus antiguas doctrinas regalistas, contrarias á la libertad de las Comunidades religiosas.

El espíritu de la ley de Asociaciones, bien manifiesto en la discusión reseñada y el contexto literal del articulado, son igualmente opuestos á los decretos de la Revolución, como vamos á ver.

«El derecho de asociación que reconoce el art. 13 de la Constitución podrá ejercitarse *libremente*, conforme á lo que preceptúa esta ley», dijo la de 30 de Junio de 1887 en su ar-

Digitized by Google

tículo 1.º, y añadió: «En su consecuencia, quedan sometidas á las disposiciones de la misma las Asociaciones para fines *religiosos*..., etc.» Aquella idea, que dieciséis años antes había sido tema de debate en la sesión famosa de 17 de Noviembre de 1871, quedó sancionada en el artículo transcrito, á saber: «Que á todas las Asociaciones religiosas amparaba la Constitución, y todas se hallaban bajo la salvaguardia del derecho común.»

El principio es general y absoluto: no exceptúa ninguna asociación de fin religioso, ni cabía negar libertad para constituirse á las Asociaciones de la religión católica, siendo ella, según el art. 11 de la ley fundamental del Reino, la religión del Estado.

Los respetos debidos á la Iglesia católica y á lo pactado con la Santa Sede, exigían, por el contrario, que se eximiese de las formalidades de la nueva ley á aquellos Institutos religiosos que estaban autorizados por estipulaciones solemnes.

Así lo hizo el art. 2.º con las siguientes palabras: «Se exceptúan de las disposiciones de esta ley: 1.º Las Asociaciones de la religión católica, autorizadas en España por el Concordato. Las *demás* Asociaciones religiosas se regirán por esta ley, aunque debiendo acomodarse á sus actos las no católicas á los límites señalados en el art. 11 de la Constitución del Estado» (1).

Tenemos, pues, que toda asociación de la religión católica queda bajo la protección de las leyes; porque no hay término medio entre los dos extremos de este dilema: ó la asociación

(1) La redacción del artículo parece indicar que existen ó pueden existir asociaciones de la Iglesia católica no comprendidas en el Concordato. Soy de distinto parecer, pues considero que el art. 43 del mismo las comprende á todas y no permite que asociación ninguna sea dirigida y administrada de otro modo que como dispone la disciplina de la Iglesia, porque esta es la que debe regular *todo lo concerniente á personas y cosas* eclesiásticas: locución que abarca por su generalidad, hasta las meras Cofradías ó Hermandades.

Digitized by Google

está por el Concordato autorizada, ó no lo está; es imposible que no pertenezca á una de las dos categorías.

Si el Concordato la autoriza, dentro de la ley se halla la asociación, pues el Concordato es ley del Reino, cuya observancia deja á salvo la ley de Asociaciones.

Si la asociación no está comprendida en el Concordato, basta entonces para su vida legal el precepto constitucional; el art. 2.° transcrito la pone también al amparo de la ley.

De todos modos, resulta que las Asociaciones de la religión católica, cualesquiera que sean su clase y denominación, tienen hoy existencia legal en España; debiendo notarse que entre tales Asociaciones, las que llevan el nombre de Ordenes religiosas, ni siquiera están obligadas á cumplir los requisitos que la ley de 1887 exige para las demás asociaciones, pues les basta con la autorización del Concordato, y su régimen exclusivo es la disciplina eclesiástica, canónicamente vigente.

Aunque por haber demostrado ya que en el Concordato quedaron virtualmente autorizadas todas las Ordenes, nada sería menester añadir aquí en justificación de este aserto; como se trata de asunto en que la pasión política ha negado tantas veces la evidencia, conviene recordar un dato importante que corrobora la tesis.

Cuando se llevó la ley de Asociaciones al Senado, modificó la Comisión el texto del art. 2.°, y lo redactó en esta forma: «Se exceptúan las Asociaciones de la religión católica autorizadas en España *por los artículos 29 y 30 del Concordato.*» El Conde de Canga Argüelles, Senador de la oposición conservadora, pidió que se suprimiese la cita de esos artículos, alegando que no eran los únicos del Concordato que autorizaban las Ordenes religiosas, y además que lo convenido en el Congreso por todos los partidos de la Cámara con el Gobierno y y aun con el Representante de la Iglesia, era borrar semejante cita, manzana de discordia, y redactar el artículo de manera que comprendiese á todas las Ordenes que de cualquier modo autorizase el Concordato. La Comisión y el Gobierno aceptaron

Digitized by Google

la enmienda y se eliminó de la ley la cita de los aludidos artículos 29 y 30 (1).

Ahora bien: fuera de estos artículos, no hay otro alguno en el Concordato que aluda ó se refiera á las Asociaciones religiosas, como no sea el 43, que precisamente autoriza la existencia de todas las admitidas por la disciplina de la Iglesia. Luego al borrar la cita de aquellos artículos y decir lisa y llanamente: «Se exceptúan las Asociaciones de la religión católica autorizadas en España por el Concordato», quedaron, sin género de duda, exentas de regirse por la ley de 1887 todas las Ordenes y Comunidades y Asociaciones religiosas de la Iglesia católica, porque *todas* ellas se hallan comprendidas en las disposiciones del Concordato.

Sin excepción ninguna, tienen hoy en España existencia legal las Ordenes regulares de ambos sexos. Autorízalas el compromiso solemne del Concordato de 1851; las sanciona el precepto constitucional, y las vuelve á reconocer la ley de 1887. Su capacidad jurídica plena para adquirir y poseer, es consecuencia indeclinable de su legal existencia; pero además está consagrado ese derecho de un modo categórico en el Concordato mismo, en el Real decreto, también concordado, de 25 de Julio de 1868 y en el Código civil. Mediante la incompatibilidad absoluta de que coexistan, juntamente con la legislación concordada y con el precepto constitucional y el Código civil, los decretos revolucionarios de 1868; y mediante la derogación general que contienen, así el art. 19 de la ley de Asociaciones como el 1976 del Código citado, es legalmente imposible sostener que conserven vigor y eficacia tales decretos.

Ha de advertirse, no obstante, respecto del de 15 de Octubre de 1868, que sólo ha perdido su fuerza en cuanto negó á las Comunidades religiosas la facultad de adquirir y poseer bienes; pues en cuanto restableció el art. 38 de la ley de 29 de Julio de 1837 y reconoció individualmente á las monjas pro-

(1) Véase el *Diario de Sesiones* de 20 de Abril de 1887.

Digitized by Google

fesas aquel derecho, subsiste su disposición en el Código civil, que otorga también á los Religiosos profesos, sean varones ó hembras, la capacidad para testar y suceder; y como en esta solución del Código influyeron los Prelados de la Iglesia de España, no cabe entender, ni nadie entiende, que rija hoy la prohibición del art. 2.º del Real decreto de 25 de Julio de 1868, según la cual se vedaba á las Religiosas profesas adquirir en adelante individualmente bienes de ninguna especie.

IV

Hasta la promulgación de la ley de 1887 no ha sido clara para todos la existencia legal de las Comunidades religiosas: su capacidad de adquirir y poseer tampoco estaba para los Autores exenta de dudas, antes de publicarse el Código civil: ambas cosas eran, sin embargo, realmente ciertas desde mucho tiempo atrás, y ahora son verdades indiscutibles.

Veamos, en comprobación de ello, cómo se expresa el señor Martínez Alcubilla en su conocido *Diccionario de la Administración española.*

«Suprimidos, dice, los Conventos y Monasterios por las disposiciones de 29 de Julio de 1837, 7 de Mayo de 1855 y 18 de Octubre de 1868, el mismo principio de libertad de asociación proclamado en la Constitución de 1869 y mantenido en el artículo 13 de la vigente de 1876, vino de hecho á sobreponerse al imperio de tales preceptos y á su sombra se fundaron conventos en estos últimos años y se admitieron á la vida regular Religiosos de uno y otro sexo.

»Aun cuando la circular de 21 de Noviembre de 1874, no publicada y citada en la Real orden de 25 de Abril de 1878, que dejamos inserta, parece que sancionó esta tendencia que podriamos llamar retrospectiva; de todas suertes era *en cierto modo muy dudosa su legitimidad en el orden del derecho constituído*, supuesto el imperio del art. 4.º del decreto-ley de 20 de Noviembre de 1868, inserto en el tomo 1.º, pág. 640.

Digitized by Google

»*Hoy ha venido á aclarar y prevenir toda duda* sobre el particular la ley de 30 de Junio de 1887 (apéndice, pág. 320) respetando el derecho de asociación; á la cual ley quedan sometidas, según los arts. 1.º y 2.º, las Asociaciones religiosas, ora sean católicas ó disidentes, con excepción de las católicas que están autorizadas en España por el Concordato.

»El derecho de asociarse para los fines de la vida humana, comprende, pues, el de congregarse en Religiones...» (1).

No había, empero, como he demostrado, necesidad de la ley de Asociaciones para afirmar la legítima existencia de las Órdenes religiosas en España. A los preceptos concordados y constitucionales que las amparaban, y á los actos, ya citados, del Gobierno en que las reconocía, se pueden agregar otros muchos, en materia de quintas, por ejemplo.

La exención del servicio militar otorgada por la ley de 1856 solamente á los Escolapios y á los Misioneros de Asia (2), únicos existentes á la sazón, fué aplicándose después á los Paules por Real orden de 16 de Julio de 1864 y también á los Carmelitas, Jesuitas y Franciscanos. Derogada en Febrero de 1873 (3), se restableció en Diciembre del mismo año, según orden del Gobierno de la República (4); y extendiéndose el beneficio á diversas órdenes, gozaban de él en 1882 los Agustinos calzados y descalzos (Recoletos), Dominicos, Franciscanos, Jesuitas y Trinitarios (5), declarándose á poco que también debían disfrutarle los Religiosos del Corazón de María (6) y otras Comunidades, cuyas exenciones, tan notorias como las de los Capuchinos y Hermanos de las Escuelas Cristianas, no he hallado en la *Colección legislativa*.

---

(1) Tomo 7.º, pág. 398, edición 4.ª

(2) Art. 74, núms. 3 y 4.

(3) Art. 4.º de las disposiciones transitorias de la ley de 17 de Febrero de 1873.

(4) Colección legislativa, tomo 111, pág. 1015.

(5) R. O. de 17-31 de Diciembre de 1882 (*Gaceta* de 3 de Enero de 1883).

(6) Real orden de 30 de Diciembre de 1882.

Digitized by Google

Pero en ella puede verse la exención de la Orden de San Francisco, declarada por Real orden de 17 de Abril de 1887, con referencia á los Colegios de Cehegín, Vich, Sancti-Spíritus, Zarauz, Lucena, Santiago y Chipiona; la de los Canónigos regulares de San Agustín, dispuesta en Real orden de 17 de Octubre de 1889, y la de los Religiosos Pasionistas, autorizada por Real orden de 10 de Diciembre de 1890, que publicó la *Gaceta* del siguiente día 12.

Algunas de tales exenciones se fundan, como las primitivas, en que las Ordenes beneficiadas prestan servicio de misiones en nuestros territorios de Ultramar; mas en otras no tiene aplicación semejante motivo. De todos modos, cualquiera que sea la razón de tan valioso privilegio, resultaría absurdo suponer que careciesen de legítima existencia dentro del Estado las Corporaciones mismas á quienes se dispensaba tan importante beneficio. No se hacen favores á los que están fuera de la ley ó cuya existencia se niega; y es, por tanto, claro que las Reales órdenes citadas arguyen la derogación del precepto exclaustrador de 1837, incompatible con el Concordato, la Constitución y la ley de Asociaciones. Si hasta hace pocos años no percibían todos el vivo resplandor de la verdad, débese sólo á que las pasiones políticas arrojaron de propósito en torno de ella las sombras y oscuridades de la Revolución.

Por esta misma causa, antes de regir el Código civil, no fué seguro el juicio respecto de la capacidad jurídica de las Comunidades religiosas en el órden económico.

Difícil le pareció al Sr. Martínez Alcubilla resolver el problema de si eran las Asociaciones monásticas, ó los individuos que las forman, quienes podían adquirir y poseer bienes.

He aquí cómo se expresaba en la cuarta edición de su *Diccionario*:

«Otra importante cuestión se viene debatiendo, sin que podamos decir todavía que esté ya aclarada la inteligencia de la ley ó establecida la jurisprudencia sobre ella: es la de si las Comunidades religiosas en corporación ó los religiosos indivi-

Digitized by Google

dualmente pueden adquirir bienes, ó si son ó no son válidos y subsistentes los actos de dominio que ejercen...» Recuerda en seguida las disposiciones adoptadas desde 1820, y pregunta: «Esto supuesto, ¿qué es lo vigente sobre el importante punto indicado?

»Difícil es contestar á esta pregunta, siendo tantas y tan contradictorias las disposiciones dictadas sobre el asunto, hallándose inspiradas algunas de ellas en la doctrina de los sagrados cánones, y habiéndose prescindido en otras de las *reglas* y de *la intervención de la Iglesia* para promulgarlas» (1).

Felizmente ha pasado la época de las vacilaciones é incertidumbres; y á este propósito nada hallo más oportuno que oir el autorizado dictamen de uno de los Vocales de la Comisión que redactó el Código civil, y recordar las frases de la exposición de motivos que explican las modificaciones introducidas en el primitivo texto.

El doctísimo jurisconsulto Sr. Manresa, comentando el artículo 38 del Código civil (2), según el cual, «las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases», impugna la opinión de los que quisieran poner trabas á este derecho, indispensable para la vida de las corporaciones, aunque sean tan espirituales como la Iglesia, y dice: «En estos principios se ha inspirado el Código civil, y así lo demuestra la concienzuda exposición que elevó la Comisión de Códigos al Sr. Ministro de Gracia y Justicia en 30 de Junio de 1889, donde se consigna, sin hacer observación alguna, una doctrina á que la Sección dice que ha prestado atento oído y que ha sido atendida: la que se apoya en la tesis de que, *restituída la facultad de adquirir y poseer á las Comunidades religiosas,* se cumplirá en todos sus puntos el derecho canónico, y habrá la igualdad debida entre todos los ciudadanos.»

---

(1) Tomo 7.°, págs. 398 y siguientes.

(2) *Comentarios al Código civil,* tomo 1.°.

Digitized by Google

Léense, en efecto, en la exposición mencionada las siguientes notables palabras:

«Por no apartarse la Sección de nuestro antiguo derecho, había aceptado la prohibición de heredar y de hacer testamento impuesta á los Religiosos ligados con votos solemnes en las Ordenes monásticas. El derecho canónico les había privado de la facultad de poseer, aunque no de la de adquirir, disponiendo que lo que adquiriesen lo transfirieran á los Monasterios (1). La ley civil, ya para reforzar la observancia de este precepto, ya para contener en parte los progresos de la amortización de los bienes raíces, privó á los Religiosos del derecho de adquirir lo que no debían retener y había necesariamente de pasar al dominio de las Comunidades respectivas.

»Pero esta prohibición suponía la absoluta capacidad de los Monasterios para adquirir y poseer bienes inmuebles. Así es que desde el momento en que las leyes civiles, no sólo les privaron de esta facultad, sino que los suprimieron en su mayor parte, quedó sin efecto, de hecho, el precepto canónico y sin justificación suficiente las leyes que prohibían á los Religiosos testar y adquirir bienes por testamento y abintestato. Por eso fueron derogadas más de una vez las prohibiciones antiguas mientras prevalecieron en toda su crudeza las leyes desamortizadoras y las que negaron su reconocimiento á las Corporaciones religiosas.

»Pero han cambiado, con provecho de todos, las relaciones entre el Estado y la Iglesia; las Ordenes monásticas han sido permitidas ó toleradas, y al punto ha surgido la duda de si, con ellas, debían estimarse restablecidas las antiguas incapacidades para testar y adquirir por sucesión y herencia. La Sección, como queda dicho, optó por la afirmativa, considerando que esta solución sería más conforme con el derecho canónico.

---

(1) Así lo dispone el Concilio de Trento en las Sess. 25, capítulo 2.°, *de Regul.*, en armonía con lo ordenado en las Decretales, capítulo 5.°, tít. 31, libro 3.°

Digitized by Google

Pero Obispos respetables que han levantado su voz en el Senado, y otros oradores insignes pertenecientes á partidos diversos, y por diferentes y aun contradictorios motivos, han pedido la solución contraria, estimando que restituída la facultad de adquirir y poseer á las Comunidades religiosas, se cumplirá en todos sus puntos el derecho canónico y habrá la igualdad debida entre todos los ciudadanos, sin distinción de profesión y estado, de eclesiásticos y seglares. La Sección, prestando atento oído á estas consideraciones, y deseando marchar siempre de acuerdo con los dignos Prelados de la Iglesia, *después de reconocer á los Monasterios el derecho de adquirir, ha suprimido entre las incapacidades, para testar y para suceder, la de los Religiosos ligados con votos solemnes.*»

Firman este documento legislativo los eminentes jurisconsultos Sres. D. Manuel Alonso Martínez, Presidente; D. Francisco de Cárdenas, D. Salvador Albacete, D. Germán Gamazo, D. Hilario Igón, D. Santos de Isasa y D. José María Manresa, Vocales, y también D. Eduardo García Goyena, Vocal auxiliar.

Ahora bien: en todo el Código civil sólo existe un artículo que se refiera á los Monasterios: el art. 38, donde se habla en general de las *personas jurídicas*. Luego es evidente que bajo la denominación genérica «Monasterios», comprendió la Sección á toda persona jurídica de carácter religioso canónico; es decir, á todas las Ordenes monásticas y Asociaciones ó Comunidades religiosas, pues á todas se refiere el artículo citado, que respeta y manda observar lo concordado entre las potestades eclesiástica y secular.

Por interpretación auténtica, que tal valor y autoridad tiene la exposición mencionada desde el punto y hora en que la ley de 26 de Mayo de 1889 otorgó poder legislativo á la Sección de lo civil de la Comisión codificadora, consta de una manera indudable que las Comunidades religiosas de la Iglesia católica pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles ó cri-

Digitized by Google

minales, sin que ello obste á que los individuos, ligados con votos solemnes, puedan testar y suceder, lo mismo que contratar. El régimen interior, á que por derecho canónico están sujetas las Ordenes monásticas, obliga, no obstante, á los Religiosos á proceder en asuntos tales con licencia de sus superiores, pues de otra suerte padecería detrimento el voto de obediencia y se relajaría la disciplina eclesiástica.

Ha quedado, pues, consagrada de nuevo en el Código civil la facultad de la Iglesia y de las Ordenes para adquirir, que proclamaron el Concordato de 1851 y el Real decreto de 25 de Julio de 1868; pero ha quedado también en pie el precepto del art. 38 de la ley de 1837. En lo demás, ajústase el Código á la doctrina canónica, que también respeta y toma por norma de sus disposiciones en materia matrimonial, prohibiendo en el art. 83, núm. 4.°, contraer vínculo semejante á los ordenados *in sacris* y á los profesos en una Orden religiosa canónicamente aprobada y ligados con voto solemne de castidad.

Con elevado sentido de gobierno y con la lealtad que corresponde á un Estado católico, se han afirmado los cimientos de la paz religiosa, estableciendo en el Código civil las consecuencias que naturalmente surgían de haberse pactado con la Santa Sede que «la religión católica se conservaría en España... con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar, según la ley de Dios y los sagrados cánones»; y que «todo lo demás perteneciente á personas ó cosas eclesiásticas... se dirigiría y administraría conforme á la disciplina de la Iglesia, canónicamente vigente» (1).

Ello obligaba á reconocer la vida legal y capacidad jurídica de las Ordenes religiosas y á dar efectos civiles al voto solemne de castidad. Por ello se borró del art. 2.° de la ley de Asociaciones la cita que proponía la Comisión del Senado, asintiendo su Presidente, Sr. Romero Girón, al ruego y á las declaraciones del Sr. Conde de Canga Argüelles, que argüia ser

(1) Palabras de los artículos 1.° y 43 del Concordato.

Digitized by Google

cosa convenida por los partidos con el Gobierno y aun con el Nuncio, suprimir aquella cita restrictiva y extender la exención acordada en la ley «á todas las Asociaciones de la religión católica, que es la religión del Estado» (1).

V

Para completar la tarea emprendida y poner fin á este estudio, resta únicámente echar una rápida ojeada sobre las Comunidades religiosas de las provincias ultramarinas, singularmente de Asia.

Bien sabido es que nuestras posesiones de Ultramar se rigen por leyes especiales, sin que ninguna de las promulgadas para la Península tenga allí vigor, si expresamente no se dispone su aplicación á las colonias (2).

Las leyes exclaustradoras no se hicieron extensivas á Ultramar, ni estuvieron allí vigentes, excepción hecha de las relativas á la Compañía de Jesús, que fué extinguida en todos los ambitos de la Monarquía española (3).

La ley de 1837, lejos de aplicarse á Ultramar, permitió en beneficio de las provincias de Asia la conservación en España de tres conventos, únicos que dejó subsistentes.

Pero, aunque salvadas del huracan exclaustrador las Ordenes religiosas de Filipinas, temieron sin duda que el Gobierno se apoderase de sus bienes, como en la Península, ó tal vez la suspicacia ministerial se adelantó á presumir que podían venderlos, antes de que alguien quisiese incautarse de ellos. El caso fué que por Real orden de 14 de Octubre de 1849, se conceptuaron *sospechosas de fraude todas las enajenaciones* de bienes de los Regulares de aquellas misiones, verificadas con posterioridad á cierta resolución del Capitán general en 1840; se sujetó

(1) Véase el extracto oficial de la sesión del Senado de 20 de Abril de 1887.

(2) Art. 89 de la Constitución de 1876, que se viene repitiendo desde 1837. El precepto trae origen de la Real cédula de 1680.

(3) Leyes 3.ª y 4.ª, tít. 26, libro 1.º de la Novísima Recopilación, y Real decreto de 4 de Julio de 1885.

Digitized by Google

á revisión y aprobación del Gobierno toda venta, y se puso en vigor para el territorio filipino la Real orden de 17 de Junio de 1834, que exigía Real licencia para que las Corporaciones del clero secular y regular pudiesen desprenderse de alhajas, inmuebles ó muebles preciosos.

Constituyó esta Real orden de 1834 una de las primeras medidas adoptadas contra las Órdenes religiosas antes de suprimirlas, aunque se aparentaba protegerlas, lo mismo que á la Iglesia; pero resulta evidente que al implantarse en nuestras posesiones de Asia por la Real orden de 1849 la decisión regalista que ya dominaba en la Metrópoli, se presuponía el dominio y plena capacidad de las Corporaciones religiosas que no habían sufrido allí, ni la sangrienta persecución y exterminio que en Madrid, ni la extinción de 1837, ni la desamortización. Se estorbaba, empero, la venta de sus bienes sin permiso del Gobierno, quién sabe si con la mira de tener en todo momento á mano el patrimonio eclesiástico.

Desde entonces cada vez que una Comunidad religiosa ha querido en Filipinas enajenar una finca, alhaja ó mueble precioso, se ha visto precisada á promover un expediente gubernativo en solicitud de la indispensable licencia, que, á juzgar por la Real orden de 19 de Marzo de 1880, tardaba largo tiempo en lograrse ó acaso nunca se conseguía, siendo por esto menester mandar que se activasen aquellos expedientes y se *diese curso* á las solicitudes pendientes.

Con ningún obstáculo legal tropezaban, como se ve, las Órdenes religiosas de Ultramar para adquirir bienes: su legítima existencia y capacidad jurídica estaban á salvo en la legislación; pero se había coartado su libertad de disponer, dejándola completamente á merced del arbitrio ministerial y no sujeta sólo, como antes lo estaba en este punto, á las reglas del derecho canónico, sancionadas por el civil (1), aunque á veces des-

(1) Leyes 5.ª, tít. 12, libro 3.º del Fuero Real; 1.ª y 2.ª hasta la 6.ª del tít. 5.º, libro 1.º de la Novísima Recopilación, y las citadas allí por nota.

Digitized by Google

naturalizadas por el exagerado y absorbente espíritu regalista.

En tal estado las cosas, y sin que el Concordato ni la ley de Asociaciones se hubiesen hecho extensivos á Filipinas (1), fué promulgado el Código civil, que rige tanto en la Península como en las colonias (2). No obstante su art. 38, de que ya he hablado, dudóse si los derechos en él declarados eran igualmente aplicables á las Corporaciones eclesiásticas que á las personas jurídicas, ó si debían, por el contrario, considerarse vigentes las suspicaces disposiciones de las Reales órdenes de 17 de Junio de 1834 y 14 de Octubre de 1849, que cercenaban á la Iglesia el derecho de la libre disposición de sus bienes.

Ocasión he tenido de saber que, á juicio de Letrado peritísimo, de ilustre nombre en el foro, el Código civil no había derogado la Real orden de 1849; pero carece ya de interés tal disputa, porque ha suprimido el problema la Real orden de 4 de Diciembre de 1890, dictada por el Ministerio de Ultramar. Fundándose en el carácter transitorio de las aludidas disposiciones de 1834 y 1849, y en las circunstancias especiales de la época en que se dictaron; en la declaración del art. 38 del Código civil; en el respeto á todos los derechos y prerrogativas de la Iglesia que domina en las actuales relaciones de la misma con el Estado; y en los beneficios económicos y sociales que se habrán de alcanzar; por todo ello, el Ministro Sr. Fabié, de acuerdo con el Consejo de Filipinas, derogó la citada Real orden de 14 de Octubre de 1849, y sus referencias, y restableció el derecho de la Iglesia y de las Corporaciones eclesiásticas á disponer de los bienes que tienen en las provincias de Asia, con arreglo á los cánones y á la legislación anterior de Indias (3).

---

(1) La ley de Asociaciones se aplicó á Cuba y Puerto Rico por Real decreto de 12 de Junio de 1888.

(2) Ley de 31 de Julio de 1889, art. 1.°

(3) Acerca de esta Real orden interpeló al Gobierno el Senador Sr. Merelo, por suponer que se habían cometido irregularidades en el expediente, desairando al Consejo de Estado, que informó en 1877 en el sentido de que se vulneraban los derechos del Real Patronato de Indias con la derogación de las

Digitized by Google

Es, por consiguiente, la soberana disposición de 4 de Diciembre de 1890 una declaración más de la doctrina misma proclamada por la Comisión de Códigos en la exposición de 30 de Junio de 1889, que precede al Código civil. Allí se decía, aludiendo al art. 38, que se había restituído á los Monasterios y Comunidades religiosas la facultad de adquirir y poseer. La Real orden consigna respecto de las Corporaciones de Filipinas, donde también rige el Código, que son incompatibles con éste las disposiciones de 1834 y 1849, las cuales, limitando el libre ejercicio del derecho de enajenar, obligaban á impetrar para ello Real licencia.

Clarísimo resulta que, según el Código civil, la capacidad jurídica de la Iglesia se viene á regular por el derecho canónico y por el derecho concordado, contenido respecto de Filipinas y demás posesiones de Ultramar en la legislación de Indias. Toda la disciplina eclesiástica relativa á la adquisición, posesión, administración y enajenación de bienes temporales ha de guardarse íntegramente; pero el Código civil nada ha dicho contra el Patronazgo Real, que pertenece á la Corona de España, no

---

Reales órdenes de 1834 y 1849.—En la discusión habida durante los días 11 al 14 de Mayo de 1891 declaró el Ministro que no existían tales irregularidades, puesto que la Real orden de 1890 había sido dictada por la misma autoridad que las de 1834 y 1849; que tampoco existía desaire para el Consejo, porque mediaban trece años entre su dictamen, contrario á la conveniencia de la derogación, y el hecho de ésta, que era consecuencia legítima de haberse aplicado el Código civil á Filipinas; y por último, que tampoco se infería lesión ninguna al Real Patronato, una vez que la decisión ministerial de 1890 se limitaba á derogar las medidas transitorias de aquellas otras Reales órdenes, dejando en todo su vigor el derecho canónico y la Recopilación de Indias, en que está consignado el Real Patronato.

Es de notar que nadie impugnó á las Órdenes religiosas, ni en general, ni en particular; por el contrario, se reconocieron sus grandes servicios en las colonias y se dió por supuesta su personalidad jurídica y entera capacidad civil, sin otras limitaciones que las impuestas por el derecho canónico, especialmente en la Extravagante *Ambitiosæ*, en orden á la enajenación de los bienes.

Digitized by Google

sólo á título de descubridora de territorios y fundadora de las Iglesias, sino por concesión de los Sumos Pontífices, según lo declara la ley 1.ª, tít. 6.º, libro 1.º de la Recopilación de Indias.

La Real orden de 1890 es consecuencia lógica de los principios establecidos en los artículos 35, 37 y 38 del Código civil; es además la rectificación del desmedido regalismo que engendró la Real orden de 1849 y amplió, sin acuerdo de la Iglesia, las facultades del Real Patronato. Por medio de simples Reales órdenes no es lícito reformar las leyes: la abrrogación de la de 1849, hecha por el Ministro de Ultramar en 4 de Diciembre de 1890, constituye en realidad una aplicación justa de este principio, en cuanto la prohibición de que el Clero secular y regular de Filipinas vendiese bienes sin permiso del Gobierno, introducía una novedad no autorizada por los cánones, ni por las antiguas leyes de Indias.

En resolución; las entidades jurídicas, Iglesia, Diócesis, Provincia eclesiástica, Convento, Seminario, Comunidades regulares y toda Asociación religiosa autorizada por la disciplina eclesiástica, tienen en España y en las Posesiones de Ultramar indudable personalidad y capacidad para adquirir y poseer bienes, y para contratar y comparecer en juicio, ejercitando acciones civiles ó criminales, como corporaciones protegidas y amparadas por la ley.

Esta conclusión, contenida ya virtualmente en los artículos 1.º y 43 del Concordato por lo que respecta á la Península, y de un modo más explícito en las Constituciones políticas de 1869 y 1876, se desprende lógicamente de la ley de Asociaciones de 1887 y forma categórico precepto del Código civil. Si antes sufrió contradicción, hoy resulta aceptada por todos y proclamada por eminentes jurisconsultos en el documento legislativo más importante de nuestra época.

A la duda razonable poco ha, y á la oscuridad de los tratadistas, sucede ahora la certeza de un juicio rigurosamente deducido de los recientes textos legales, conforme á la interpretación solemne del legislador.

Digitized by Google

En el mismo sentido han resuelto ya Registradores de la propiedad, Notarios y Tribunales varios casos prácticos de actos jurídicos ó contratos celebrados por Corporaciones religiosas. De modo que á la interpretación doctrinal, que surge de los textos legales concernientes al asunto, se unen estrechamente las interpretaciones auténtica y usual, de tal manera, que si aquélla no tuviese virtud bastante para uniformar el criterio, daríanla incontrastable valor la autoridad de los legisladores y de los funcionarios públicos encargados de aplicar el derecho.

Septiembre de 1893.

DR. J. BUITRAGO

Digitized by Google

ORGANIZACIÓN DE TRIBUNALES

Oportunidad del establecimiento de Audiencias provinciales que conozcan de lo civil y de lo criminal (1).

Hay una frase moderna para uso de los partidos demócratas, la cual, como muchas más á cuyos ecos se riñó recias batallas, vale tan poco que parece invención del muy español y muy popular Pero Grullo, maestro en disfrazar las verdades más conocidas con el hábito de las sentencias más meditadas. ¿Quién que en nuestros tiempos se precie de liberal macizo no ha de defender «el gobierno de la nación por la nación misma?»

Y casi nadie advierte que, á poco que sea objeto de atención dicha frase, ha de parecer propia, no para marcar linde entre un sistema y otro, ó para distinguir á unos combatientes de los contrarios en el revuelto campo donde las pasiones políticas se soliviantan y luchan, sino cuando más para vestir con moderno ropaje aquella otra verdad, ya manoseada, de que «cada pueblo tiene el Gobierno que merece», y cuando menos para hacer hablar desde el reverso de un calendario de pared á cualquiera de los más conocidos príncipes de la tontería.

En todo tiempo y en todo lugar la nación se gobernó por sí misma necesariamente, porque no pudo ni podía ocurrir de otra manera, toda vez que los Gobiernos en las entrañas de la nación son fecundados, y de ellas nacen en terribles momentos de crisis—que crisis peligrosa ha de acompañar á todo parto—

(1) Tema de un certamen anunciado por *El Eco de los Tribunales*, de Málaga, y para el cual se dispuso este trabajo.

Digitized by Google

con sentimientos y con ideas convenientes á los que en la sociedad dominan y con acción que corresponde á las aspiraciones y á los gustos más generalizados en el país.

Pensé de esta suerte cuando me decidí á examinar el tema propuesto por *El Eco de los Tribunales*, porque la muy perniciosa instabilidad que de algunos años á esta parte se nota en la organización de Tribunales, y consiguientemente en el enjuiciamiento, conviene de singular modo con el carácter de nuestra sociedad y aun de nuestra época, falta de fe para mantener un ideal, y por consecuencia, falta de iniciativas provechosas y hasta falta de energías para evitar su propio daño, no ya previsto, sino sentido desde sus primeros á sus últimos efectos.

No es de extrañar así que de una parte los Gobiernos y las Cortes organicen los Tribunales y los echen á tierra apenas organizados, como hace el capricho infantil con las menudas piezas de cualquiera de los juguetes que para recreo del niño inventó la industria del hombre, barajando sin reflexión ni concierto sistemas y reglas procesales, como se baraja lo que solamente sirve para dar ocasión á combinaciones dispuestas por el azar; y de otra parte, el país presencie sin gran atención el juego que por acaso provoca ligera riña en tal ó cual punto donde se lesiona intereses pequeños, por ser intereses de localidad, á más de la lesión profunda y gravísima que sufre un interés más alto y general, como es el de la justicia, causando trastorno en el orden moral y dificultando el bienestar del pueblo.

De esta suerte los argumentos con que hoy se combate reformas proyectadas por el Ministro de Gracia y Justicia, las protestas que contra las dichas reformas nacen en muchos lugares á la vez, y la violenta actitud que algunos Colegios de Abogados adoptaron, suelen obedecer, más bien que á un principio de justicia, que á los principios racionales de la ciencia ó á principios de buen gobierno, al interés—ciertamente muy legítimo—con que se defiende algo que afecta á la vida mate-

Digitized by Google

rial de región, de localidad ó de clase; y de esta suerte, también el Ministro se escuda fácilmente contra los ataques de tal índole, con alardes de verdadero patriotismo que le aconseja perjudicar en lo más pequeño á unas cuantas poblaciones y producir disgusto en algunos Colegios para beneficiar grandemente al país en general y, en su consecuencia, á esas mismas poblaciones y á esos Colegios mismos, mal aconsejados en sus protestas y solicitudes; sin que se pueda atribuir desde luego mala fe á este proceder del Ministro, porque el principal carácter que, en general, tienen las quejas y las observaciones elevadas á los Poderes públicos por medio de representantes del país ó de comisiones particulares, como por medio de la prensa ó de exposiciones razonadas, no es el más á propósito para influir en el ánimo del hombre de gobierno hasta obligarle á nueva reflexión y á nuevo estudio, antes bien predispone contra la pretensión de los que en una ú otra forma recurren, y puede afirmar en el autor de las reformas el falso convencimiento de que cuando contra éstas no se usa armas más eficaces, no ofrecerán á sus enemigos punto flaco que les asegure la victoria.

Acaso se deba el mal principalmente á las condiciones en que hoy viven nuestros Colegios, influídos aún por el antiguo carácter gremial, con exclusivos fines religiosos y económicos, atendiendo únicamente á la distribución más ó menos equitativa, entre los colegiados, de la cantidad con que contribuyen á las cargas públicas, y á disponer sufragios por las almas de los compañeros fallecidos, sin que procuren en modo alguno defender los intereses de clase, íntimamente relacionados con los más altos intereses del país, é influir con sus iniciativas y sabias advertencias en las determinaciones de los Poderes públicos.

Así es que en los momentos en que lo que nuestro país llama cuasi desdeñosamente Administración de la justicia—usando la frase que aplica á otros servicios, como la Administración de Correos ó la Administración de Aduanas,—padece general trastorno y se le amenaza con total desquiciamiento, se

Digitized by Google

da el caso, nada consolador ciertamente, de que se unan para la protesta los Abogados inscritos en poblaciones á cuyos intereses perjudica la reforma, se unan contra ellos los de otras que esperan de los proyectos algún beneficio, y se mantengan en actitud neutral, manifestando indiferencia absoluta, los que corresponden á Colegios no influídos por género de temores ó de esperanzas.

Ocasión la más oportuna es la presente para anunciar el certamen que con grandísimo acierto dispuso *El Eco de los Tribunales*, porque es ocasión ahora de llamar á todos los que como Letrados auxilian á los Tribunales en su obra, con el fin de fijar poco á poco las bases sobre las que ha de descansar su unión, de la que nacerá, no una fuerza cuasi revolucionaria, reñida con todo Gobierno y con todo principio de orden en la Administración pública, sino fuerza inteligente que haga llegar á todas las esferas sociales las conclusiones admitidas por un juicio libre de pasiones y muy ilustrado, consiguiendo así afirmar el imperio de la razón y de la justicia.

Comprendiéndolo de esta suerte, respondo gustosísimo al llamamiento de *El Eco de los Tribunales*, aunque desconfiando mucho de mis condiciones para llevar á tan buena obra ningún elemento útil, y deseoso de que el ejemplo sirva y quienes más directamente estamos interesados en que se perfeccione nuestros Tribunales y las leyes de procedimientos, y hasta obligados nos debemos considerar á procurarló, trabajemos todos, cada cual con el esfuerzo que le sea permitido, en defensa de una causa que, si particularmente es la nuestra propia, es á la vez la que al país más interesa, porque nada hay más interesante que facilitar y perfeccionar el cumplimiento del fin esencial del Estado.

Digitized by Google

I

Los Tribunales colegiados y la instancia única en los juicios civiles son como bases obligadas para cuasi todos los que piden y creen de grande y urgente necesidad una reforma en los procedimientos.

Acaso mi parecer acerca de estos puntos no se halle muy de acuerdo con el de la generalidad, y por seguro doy que así es realmente; pero, sea como quiera, me considero obligado, siempre que de tales cuestiones me toca hablar, á manifestar mi opinión clara y lealmente, aunque la condene la mayoría.

Los juicios civiles, así como hoy los conocemos en España, son muy largos, á veces cuasi interminables, fáciles á gran confusión por la madeja de incidentes que permiten, y siempre muy dispendiosos.

Tales condiciones del procedimiento, mantenidas y quizá agravadas en las últimas reformas, han provocado un movimiento que se puede calificar de revolucionario por los términos á que llega con las conclusiones que defiende. Ya no solamente se pide la única instancia, sino la oralidad del juicio civil, cuyas excelencias proclamó nada menos que un Ministro de Gracia y Justicia en acto tan solemne como el de la apertura de los Tribunales, y sin que su inexperiencia de Abogado hallase otro fundamento en que apoyar tan radical y atrevida reforma que la consideración de que así se sustanciaban las causas, y es conveniente dar unidad á los procedimientos, aunque se trate de leyes substantivas tan diferentes entre sí como lo son la civil y la penal, que viven en muy separadas esferas del derecho.

No hay para qué tratar aquí de la oralidad, cuasi imposible en materia civil, practicable solamente en algún período del juicio por no consentirla en los demás la naturaleza propia de los pleitos, y ocasionadora de error en el fallo por anular importantes elementos del juicio, ó debilitarlos mucho cuando

Digitized by Google

menos. ¿Quién que haya atendido con celo á las funciones del juzgador no recuerda sus temores siempre que era llamado á sentenciar en cualquiera juicio de los verbales, aun ofreciéndosele la prueba sacada del mismo arsenal de donde se surten los juicios ordinarios?

No llego, pues, á tomar este punto como materia de discusión que, por otra parte, considero innecesaria á los efectos del tema que trato, y me ocuparé solamente de la instancia única.

Teniendo en cuenta que el recurso de casación es extraordinario, que debe circunscribirse á límites muy estrechos—más estrechos quizá que los que hoy se le atribuye—y que nunca podrá ser considerado como instancia sin desnaturalizarlo y apartarlo del fin para que se le creó, la segunda instancia tiene finalidad tan propia y exclusiva que no juzgo conveniente prescindir de ella.

En el juicio cada litigante estudia las alegaciones de la parte adversa y procura combatirlas con los fundamentos que cree más pertinentes; pero mientras le da la ley gran libertad de defensa en este terreno, desconoce y forzosamente desconocerá, sea como se quiera el procedimiento, el criterio judicial manifestado al fin en la sentencia. Este criterio, en el que se funda la declaración que al litigio pone término, se expone razonadamente en forma de *Considerandos*, y aunque es natural que ocurra con frecuencia que los *Considerandos*, obligado fundamento de las resoluciones judiciales, traduzcan más ó menos concisamente las alegaciones de una de las partes, no es extraño que las amplíen con algunas no expuestas en juicio, ó de ellas se separen de cualquiera suerte, porque la necesidad de que haya congruencia entre lo pedido y lo declarado no implica en modo alguno la obligación, por parte del Juez, de limitar su raciocinio á aquellos extremos legales que el actor y el demandado tuvieron presentes.

Considerando la sentencia de este modo y con este carácter, tal como es realmente, se abre la segunda instancia para que

Digitized by Google

quien litiga no combata ya á su natural adversario, sino que entonces se apercibe á combatir el criterio judicial por la sentencia publicado. Ya antes de llegar el juicio á este trámite, una parte y otra pudieron usar y usaron cuantas armas admite la contienda judicial en defensa de sus respectivos intereses, y al acudir á la segunda instancia no se acude para herir de nuevo al contrario directamente, sino para atacar el criterio y la obra del juzgador, para responder á especie de alegaciones de otra parte adversa á uno de los litigantes, á los dos no pocas veces, como es el Juez que según su criterio propio dictó la sentencia. Tal es, en realidad, el verdadero carácter de la segunda instancia, y tal el fin que hoy cumplen los Tribunales colegiados que de los pleitos conocen.

Si admitiésemos la instancia única para lo civil, se impondría el criterio judicial, sin que pudiera ser contrastado en la piedra de toque de la discusión, y, á poco que se reflexione, este procedimiento ha de parecer, sobre inconveniente, injusto; porque no es conveniente que sea acatada la sentencia en virtud de la coacción y no del convencimiento, ni es justo que allí donde hay obscuridad y dudas que dan cabida á interpretaciones y criterios distintos, como es común que ocurra en todo pleito, predomine la opinión judicial, aun siendo todo lo razonada que se quiera, sin términos hábiles para ser combatida; tanto menos conveniente y tanto más injusto cuanto con frecuencia vemos que la verdad legal no se pronuncia en primera instancia.

Es, á no dudarlo, una garantía de acierto, y es de necesidad cuasi absoluta, que el fallo proceda de Tribunal colegiado, aunque al unipersonal en única instancia no le falte algún defensor que desea volver á los tiempos del pretor y del procedimiento formulario romano, considerando que en este punto se inició un retroceso desde tiempos de Diocleciano al establecer la *cognitio extraordinem*, y que los bárbaros nos trajeron un germen de progreso con la oralidad y la única instancia en el *mall-berg*, en el *placitum*, desnaturalizado después por el ca-

Digitized by Google

rácter feudal que la Edad Media dió á todas las instituciones, y arrollado, se puede decir, por la Iglesia, que mantuvo el procedimiento romano del renacimiento inspirándose en los Códigos justinianeos, y, por consiguiente, en la *cognitio extraordinem*, base del procedimiento eclesiástico (1).

Pero, sea de una ó de otra suerte, consideremos el fallo en única instancia colegiado ó unipersonal, como más convenga á los efectos de la justicia, mientras no se admita la apelación y por medio de la misma la discusión del criterio judicial, han de quedar en pie los inconvenientes y aun los peligros que antes apuntaba.

Se dice en defensa de la instancia única, que es de deplorable efecto, y conduce al desprestigio de los Tribunales, que unos Jueces revoquen las sentencias por otros pronunciadas; pero á mí me parece que al discurrir así se invierte los términos, porque, en todo caso, antes que decir que la instancia única favorece el prestigio de los Tribunales, debía decirse que al prestigio de los Tribunales le favorece la única instancia. Cuando el Poder judicial se hallase organizado con tales condiciones de moralidad, aptitud, independencia y responsabilidad, que nadie sospechase la injusticia, y creciera mucho el respeto hacia la Magistratura, quizá se podría defender con algún fundamento la única instancia; pero mientras así no sea, como desgraciadamente no es, no considero prudente privar al litigante de que discuta y combata las resoluciones de un Tribunal, del que generalmente desconfía, muchas veces con desconfianza no inmotivada del todo.

Para defender el fallo unipersonal se recuerda el principio, evidentemente cierto, mantenido por Bentham, de que la responsabilidad es por propia naturaleza individual; pero aunque este principio alcance ya la categoría de axioma, en nada destruye la doctrina de los que pedimos Tribunales colegiados,

(1) El Sr. Pérez Pujol, en su obrita *La Administración de justicia ante la opinión*, publicada por el Sr. D. Vicente Amat.

Digitized by Google

porque harto se sabe que lo individual no se atribuye exclusivamente al individuo, sino también á toda entidad bien determinada por su fin especial y por sus condiciones propias y características, siendo tan individual el Juzgado como el Tribunal Supremo constituído en pleno. ¿Quién duda que de igual modo se puede incurrir en responsabilidad, y ésta se puede hacer efectiva, cuando se trata de un Juez como cuando de una Sala de justicia se trata?

Aparte de esto, aun aquellos que hacia el fallo unipersonal se inclinan, admiten como de necesidad la casación y el concurso de varios Magistrados para su examen, haciendo una distinción sutil y forzosamente indeterminada y arbitraria entre la regla jurídica precisa y clara y la que obscura y dudosa se ofrece, sin pensar que al pedir para unos fallos y no para otros la discusión propia de un Tribunal colegiado, se reconoce la superioridad en Tribunales de esta clase y se ataca en absoluto lo mismo que se pretende defender, los fallos unipersonales.

Opino, en su consecuencia, que debe establecerse dos instancias para la sustanciación de los juicios civiles, sin prescindir de ninguno de los recursos extraordinarios admitidos hoy por la ley, y opino que los Tribunales deben ser colegiados en sus diferentes categorías.

Si aquéllos que han de conocer en segunda instancia pueden ejercer su jurisdicción en territorio muy extenso, porque nada se pierde con que estén alejados del litigante, y aun quizá convenga que éste no se halle muy próximo al Tribunal para hacer difícil que hasta los Magistrados llegue el movimiento de la pasión propia de todo el que pleitea, no ocurre lo mismo con los Tribunales que han de sentenciar en primera instancia, porque no conviene practicar por delegación las diligencias probatorias más que en casos especiales, porque es necesario facilitar el concurso de testigos, y porque se siente la necesidad, asimismo, de hacer breves y fatales muchos términos, y esto requiere una comunicación fácil y pronta entre los litigantes y sus defensores. El Tribunal de primera instancia debe ejercer

Digitized by Google

en territorio muy reducido, atendiendo á las consideraciones expuestas.

II

Si discurriendo acerca de los puntos examinados de procedimiento civil, puede haber y hay discusión y dudas en los términos que anteriormente se apuntó y aun en otros omitidos por temor de hacer este trabajo demasiado extenso, no ocurre lo mismo cuando se trata del enjuiciamiento criminal. ¿Quién se atreve á negar hoy que las causas se han de sustanciar en única instancia ante Tribunal colegiado?

El carácter esencialmente público que predomina en el derecho penal y las muy varias circunstancias y muy heterogéneos elementos que es necesario apreciar para la determinación del delito y para la medida de las responsabilidades por el mismo originadas, exigen en el juzgador un grado de libertad para estimar los hechos, para producir, en fin, su fallo, que no se puede atribuir sino al Tribunal colegiado, ni admite nueva instancia para la que, aparte de esto, ya faltaría el fundamento en que, como se vió, se apoya la que los juicios civiles tienen abierta.

No me importa declarar—y aun suelo aprovechar con gusto cuantas ocasiones hallo para hacer esta declaración,—que considero como hijo de gran error el Jurado, mucho más si es tal cual lo conocemos en España, donde hemos tenido la mala suerte de apropiárnoslo vestido con sujeción á un figurín muy pasado de moda; pero, sea Tribunal jurado ó de derecho el llamado á conocer de las causas, nunca podrá ser unipersonal ni sus sentencias pasarán á segunda instancia.

La jurisdicción de estos Tribunales por razón del territorio conviene reducirla á límites muy estrechos para facilitar el concurso de los peritos y testigos, y de los jurados cuando los haya, reduciendo á la vez la necesaria dotación para dietas é indemnizaciones; y tanto más conviene hacerlo así, cuanto que la cantidad de causas es bastante para que consideremos insu-

Digitized by Google

ficiente el número de Audiencias provinciales, á no ser que se constituyan con varias secciones, que, antes que reunirlas en un solo Tribunal de esta clase, conviene distribuirlas con acierto para formar con ellas Tribunales independientes que faciliten la administración de la justicia en todo el territorio (1).

Pudo haber, y había á no dudarlo, error en la división teterritorial provisionalmente aceptada para el establecimiento de las primitivas Audiencias de lo criminal; pero aquella división estaba informada por un principio cierto, el de aproximar los Tribunales á todos los pueblos de alguna importancia, revelaba en su ilustre autor el conocimiento de las necesidades que el nuevo sistema de enjuiciar originaba, y debió servir de base para la división definitiva, en la que se pudo corregir algunos errores descubiertos, no tantos que el número de Audiencias necesarias para conocer de lo criminal se diferenciase mucho del que en un principio fué fijado.

De extender estos Tribunales su jurisdicción á territorio no pequeño,—por ejemplo, al de la provincia,—se dará uno de dos resultados: ó el movimiento de jurados, peritos y testigos será difícil y perezoso, causándoles vejación muchas veces y siendo siempre costosísimo para el Estado, ó las Salas se verán obligadas á viajar frecuentemente en un país como el nuestro, donde puede haber pocos viajes fáciles, con lo que el Estado habrá de atender á gastos de gran cuantía, y los Tribunales perderán en consideración no poco y hasta se colocarán en condiciones nada convenientes para la función propia del Magistrado. Sobre las cuales desventajas estará, en dicho caso, la de que los Tribunales se constituyan, por regla general, muy

(1) Durante el año 1891 las causas ejecutoriadas en juicio oral y en juicio por jurados fueron 22.449. Las declaraciones de rebeldía de los procesados ascendieron á 1.835, y los sobreseimientos á 37.969, haciendo así un total de causas de 62.153. Las inhibiciones y otros asuntos varios despachados por estos Tribunales no constan en la estadística.

Digitized by Google

lejos del lugar del delito, cuando en esta clase de juicios se debe procurar todo lo contrario.

Otro punto de los que tampoco admiten discusión es el que se refiere á la necesidad de que las competencias estén divididas por razón de la materia, y los Tribunales para lo civil sean independientes de los que conozcan en lo criminal. Ya que no se considere posible hacer esta división en el personal de la Magistratura, separándolo por procedencias distintas, una para juzgar en lo civil, otra para conocer de las causas y otra para el ejercicio del Ministerio fiscal, cuando menos debe haber separación en los Tribunales y elegirse con mucho cuidado el personal que se les asigne, teniendo en cuenta los antecedentes y competencia especial de cada individuo.

III

Atendiendo á las consideraciones y principios hasta aquí expuestos, la planta de los Tribunales ordinarios conviene que sea parecida á la siguiente:

Juzgados municipales.—Desempeñados por Letrados con sueldo, para conocer en primera instancia de los asuntos civiles de que hoy conocen, y algunos más, porque conviene hacer más extensa su competencia; para conocer en instancia única, acompañados de adjuntos, de los juicios de faltas; y para practicar diligencias por delegación de los Tribunales de partido y de los Jueces instructores.

Juzgados de instrucción.—A su cargo ha de estar la instrucción de los sumarios y la práctica de diligencias que les corresponda por delegación de los Tribunales de partido. Conocerán en última instancia de los juicios civiles fallados por los Juzgados municipales.

Tribunales de partido.—Constituídos con dos Salas y las Secciones necesarias, en las capitales donde falte Audiencia territorial y en los principales pueblos de la provincia. Una

Digitized by Google

Sala de lo civil conocerá de los pleitos en primera instancia; ante la otra Sala se sustanciarán las causas en instancia única.

AUDIENCIAS TERRITORIALES.—Con una Sala de lo civil y otra de lo criminal, iguales en competencia y categoría á las de los Tribunales de partido, excepto el Presidente de cada una, que debe ser de categoría superior para asistir á la Sala de gobierno; y otra Sala de apelación, con Magistrados de categoría superior, para conocer en segunda instancia de los pleitos sentenciados por los Tribunales de partido.

TRIBUNAL SUPREMO.—Con la jurisdicción que hoy tiene, más la que se llama contencioso-administrativa, y el número de Salas necesario.

CUERPO DE SUBALTERNOS.—(No auxiliares, como hoy impropiamente dice la ley.) Con escalafón cerrado, en el que se comprenda desde el Secretario del Juzgado municipal hasta los Secretarios de Sala y Secretario de gobierno del Tribunal Supremo, todos con dotación fija.

CUERPO DE AGENTES Y SERVIDORES.—Formado por alguaciles, porteros y mozos de estrados de los distintos Tribunales, igualmente que los subalternos, sin opción á derechos por diligencias.

IV

Aun aquellos que acepten como la mejor organización de Tribunales la anteriormente expuesta, pueden hallar nada oportuno el momento para intentar semejante reforma, juzgando mi humilde trabajo muy lejos del enunciado del tema que comienza así: *Oportunidad...*, etc., porque considerarán que ninguna ocasión menos oportuna que la presente para atender á los nuevos gastos que el planteamiento del proyecto indicado exige.

Sin embargo, yo descubro hoy esa oportunidad, que á primera vista parece que falta, y no creo difícil para nadie hallarla, si se atiende á consideraciones de las que brevemente expondré las principales.

Digitized by Google

Cuantos proyectos se estudia en el Ministerio de Gracia y Justicia desde poco después de publicada la ley adicional á la Orgánica, se puede decir que giran sobre un eje, cuyos dos polos son la necesidad de economizar gastos y la necesidad de extinguir las Audiencias de lo criminal, de las que el país no está muy satisfecho; dos necesidades que se imponen.

En cuanto al punto de gastos, me propongo tratarlo después detenidamente; pero, por lo que á este lugar pueda convenir, adelantaré la idea—que supongo se hallará en la conciencia de todos,—de que no se concibe un sistema de gobierno que antes de organizar los servicios públicos fija una cifra determinada para gastos, y lo que hoy se llama economía, lo que mejor se diría rebaja, se prorratea entre los distintos departamentos ministeriales.

Mayor descrédito y más grave perturbación que un continuado *déficit* ha de producir la desorganización, el total desquiciamiento (que á tal se llega), en los organismos de que dispone el Estado para cumplir su fin esencial; y tan es así, que á nadie extrañaría que hubiera quien se empeñase en demostrar, y demostrara acaso, que las dificultades que hoy conocen nuestros Gobiernos, sin exceptuar las de carácter puramente económico, han nacido, no de presupuestos inconvenientemente cuantiosos para los gastos, sino precisamente del defecto de cicatería que aconsejó no gastar á tiempo todo lo necesario, y de administración viciosa, que lo que se había de gastar lo invirtió con torpeza.

En un pueblo donde el Ministro que se precia de tener más y mejores iniciativas pretende suprimir un número indeterminado de Tribunales (tantos como basten para satisfacer á su compañero el de Hacienda), amenazando á los que menor número de asuntos despachaban, y el pensamiento se aplaude por nopoca gente, no se puede decir que las dificultades son originadas por exceso de gasto, sino por defecto de administración y por falta de condiciones y de energías en el país.

Todo esto aparte de que, como se verá, la reforma que in-

Digitized by Google

diqué no supone tanto gasto como á la primera impresión parece.

Respecto al otro punto, al otro polo en que el eje descansa, como antes decía, también hay mucho que escribir, y algo escribiré. Ciertamente que las Audiencias de lo criminal no dieron desde un principio tan buen resultado como se esperaba y cada día lo dan peor (no hay para qué ocultar aquí verdad de todos conocida), llegando, por fin, á un lamentable desprestigio; pero no culpa de los Tribunales ni vicios de nuestra honrada y sufrida Magistratura, sino falta de independencia y exageraciones en el sistema de enjuiciar, han ocasionado ese desprestigio, que es el mismo que alcanza á todos los ramos de la Administración pública, y mucho menos á éste que á ningún otro.

Las condiciones en que los Tribunales de este orden fueron verdaderamente improvisados, y las circunstancias en que se hallaba el país cuando se creó las nuevas Audiencias, habían de producir forzosamente ese desprestigio, del que hoy se duelen más quienes más lo ocasionaron. Y no se ataja y se cura el mal haciendo desaparecer las Audiencias para sustituirlas con otros Tribunales de nombre distinto, ó reduciendo en mucho su número; tan desprestigiados como estos Tribunales, estarán desde el primer día otros que se pueda crear, mientras no conozcamos un verdadero Poder judicial con la independencia para el ejercicio de todo Poder necesaria.

Como se nota, son de grandísima importancia estos dos puntos, sobre los que ha de descansar toda organización de Tribunales, y con algún despacio me ocuparé de ellos en números separados.

(Concluirá.)

ANTONIO AGUILAR.

Digitized by Google

JURISPRUDENCIA CIVIL

Después de la publicación del Código ha quedado sin valor, según declaración expresa del Tribunal Supremo (sentencia de 3 de Noviembre de 1892), toda la jurisprudencia antigua, aun cuando lo por ella establecido esté consignado en aquel cuerpo legal.

No hay, pues, que buscar los fallos del Supremo en apoyo del texto del Código; únicamente aquellos que se han dictado en cuestiones sometidas á sus preceptos tienen algún valor, no tanto como el que antes tenían, porque, del Código allá, formaban jurisprudencia y eran á modo de una elaboración constante de doctrina, mientras hoy sólo pueden invocarse en el concepto de precedentes ó elementos de interpretación, toda vez que el articulado no reconoce la jurisprudencia como fuente de derecho.

Sin embargo, no es posible separar la atención de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia. La novedad de algunos preceptos del Código, nuestro antiguo hábito de hojear en el estudio de toda cuestión los repertorios de jurisprudencia, la presunción de que, interpretado un artículo en cierto sentido, lo ha de ser siempre en el mismo, son consideraciones que determinan una curiosidad no exenta de interés por las resoluciones del Supremo, máxime en estos momentos de transición legislativa, en los que tan difícil es no lesionar, con el mejor deseo, los derechos adquiridos.

Ya esta Revista hizo en su número de Marzo y Abril un extracto de algunas sentencias relativas al nuevo Código; pero

Digitized by Google

como hay algunas, entre ellas, muy dignas de fijar la atención, las dedicamos capítulo aparte, más con el objeto de dar á conocer la importancia de las doctrinas sentadas, que con el de manifestar nuestra opinión sobre ellas.

***

SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1892.

La madre viuda antes de publicarse el Código, ¿pierde la patria potestad sobre sus hijos, al contraer segundas nupcias, después de publicado éste?

Los hechos origen del pleito son tan sencillos, que se limitan sólo á presentar la cuestión. El Tribunal Supremo la resuelve afirmativamente en la sentencia de 20 de Diciembre último, entendiendo que el caso está comprendido dentro del artículo 168 del Código civil.

Véanse sus fundamentos:

1.° Que el principio proclamado en el párrafo inicial de las disposiciones transitorias del Código civil, en virtud del que las variaciones introducidas por éste, que perjudiquen derechos adquiridos bajo el imperio de la legislación anterior, no tendrán efecto retroactivo, obligan á examinar en el caso presente si la sentencia recurrida perjudica con su fallo algún derecho adquirido con anterioridad á la publicación del expresado Código, que obste á la aplicación que se ha hecho por el Tribunal sentenciador del precepto que consigna el art. 168 del mismo.

2.° Que las viudas conservan íntegro el derecho de patria potestad sobre sus hijos mientras no pasen á segundas nupcias, de modo que lo que se condiciona por el antedicho artículo es este nuevo estado, prescribiéndose, como se prescribe, que en tal caso perderá la madre la patria potestad, á diferencia de lo establecido en la anterior ley sobre Matrimonio civil; y como semejante condición depende completa y absolutamente de la realización voluntaria de un acto posterior á la publicación del Código, es evidente que al con-

Digitized by Google

traer las segundas nupcias se realiza un acto sometido ya á las prescripciones de la nueva legislación, pues sólo podría constituir derecho adquirido el reconocido por ley anterior al estado civil que se disfrutaba, no aquel con que se condiciona un estado diferente.

3.° Que esto supuesto, el Tribunal sentenciador no ha cometido ninguna de las infracciones que se señalan, demostrado, como queda, que la viuda no tenía derecho alguno adquirido, con relacion á un estado civil distinto de aquel en que se encontraba cuando se publicó el Código, y porque la disposición del art. 63 es perfectamente compatible con la del 168, puesto que aquel se refiere á los casos en que deba subsistir la patria potestad de las madres, bien por haber pasado á segundas nupcias antes del Código, bien por haberlo previsto y autorizado el padre en su testamento.

Tal es la doctrina sentada en los tres considerandos de la sentencia. El primero, fundado en los hechos, se limita á plantear la cuestión; el segundo la resuelve, y el tercero hace aplicación de ella al caso de autos, dilucidando, como de pasada, la contradicción que pudiera existir entre los artículos 63 y 168.

A pesar de las razones alegadas en el considerando segundo, parece, después de meditado sobre ellas, que el Tribunal Supremo ha equivocado la verdadera resolución del problema.

Tenía la madre, según la ley de Matrimonio civil, el derecho de patria potestad sobre sus hijos, sin trabas de ninguna especie, sin poder perderlo más que por los motivos que en dicha ley se especificaban. El Código civil limita este derecho en el tiempo por la realización de un acto perfectamente lícito: la celebración de segundas ó posteriores nupcias; pero añadiendo que la madre conservará su derecho si el padre difunto hubiese previsto en el testamento que su viuda contrajere segundas nupcias, y ordenado que en tal caso continuara ejerciendo la patria potestad. Por lo tanto, no es tan absoluto el precepto de nuestro Código, que pueda incluirse redondamente entre las causas que extinguen el derecho en que nos ocupamos, la celebración por la viuda de segundo matrimo-

Digitized by Google

nio, porque en todo caso habría que mirar lo que el cónyuge premuerto hubiese establecido. O en otros términos, sólo pierde la viuda que se vuelve á casar el derecho de patria potestad sobre sus hijos, en cuanto el cónyuge premuerto no autoriza esa continuación.

Con esta base parece sencillo entrar en el examen de los casos que se pueden presentar:

1.° Fallecimiento del primer cónyuge y celebración de las segundas nupcias antes de regir el Código civil. Sobre este caso no cabe duda; la misma sentencia que motiva este examen declara la solución: la madre conserva íntegro su derecho de patria potestad.

2.° Fallecimiento del primer cónyuge antes de regir el Código, y celebración de las segundas nupcias después de publicado aquél. Puede prescindirse, para solucionar esta cuestión, de si la patria potestad es un derecho adquirido por el solo hecho del nacimiento de los hijos, rigiendo la ley de Matrimonio civil; puede aceptarse la misma doctrina consignada en la sentencia, esto es, que la realización del segundo matrimonio es un acto ejecutado bajo el imperio de las nuevas leyes, condicionado por ellas y absolutamente determinado en sus efectos y consecuencias por las prescripciones del Código, y aun así, aceptando esta doctrina, parece que la solución del problema es diametralmente contraria á la ofrecida por el Tribunal Supremo.

Con efecto, en tanto pierde la viuda la patria potestad sobre sus hijos al contraer nuevo matrimonio, en cuanto se la niega por su silencio en el testamento su cónyuge difunto. No se trata, pues, de un derecho absolutamente definido, de un derecho que se extingue con la comisión de un acto; se trata, y no hay que perder esto de vista, de un derecho *subordinado* á la voluntad de otra persona, que expresa con su afirmación si el derecho continúa, ó con su silencio si el derecho se extingue.

Ahora bien: ¿pudo el cónyuge premuerto prevenir el caso

Digitized by Google

de segundas nupcias de su viuda, á los efectos de la patria potestad, habiendo fallecido antes de confeccionarse y publicarse el Código civil? ¿No? Pues entonces parece que no puede solucionarse la cuestión en los términos establecidos por el Tribunal Supremo, porque no refiriéndose la legislación del Código al nuevo matrimonio, con respecto á la patria potestad de la viuda, absolutamente, sino en cuanto este acto viene constituído en un estado de derecho por la voluntad del padre difunto, obedeciendo á la ley; faltando ésta, y por consiguiente la materia sobre la que ha de determinarse la voluntad, falta uno de los términos de la relación jurídica, y ésta queda incompleta; no puede existir. En otros términos: el art. 168 del Código supone siempre determinada la voluntad del padre premuerto: si autoriza en el testamento la continuación de la patria potestad de la viuda, subsistiendo ésta; si guarda silencio ó fallece intestado, considerándola extinguida tan luego como contrae nuevo matrimonio; pero cuando la voluntad del padre premuerto no puede determinarse porque se lo prohiben las leyes, porque sería nulo, ilegal y hasta risible que bajo el imperio de la ley de Matrimonio civil, y antes de conocerse el precepto del art. 168 del Código, dispusiera un padre en el testamento de si su viuda había de continuar ó no ejerciendo la patria potestad sobre sus hijos, al contraer nuevo matrimonio, entonces al partir de un hecho que no se ha efectuado, al tomar como base de solución un estado de voluntad *que no ha podido existir*, parece que se fundamenta el problema jurídico sobre términos falsos, y que, por tanto, la solución ha de resultar viciosa.

Si se tratara de buscar esa voluntad que no ha podido existir, quizá habría medio de encontrarla. Puesto que la voluntad del cónyuge premuerto es primeramente la engendradora y modificadora de este derecho y no pudo manifestarse, hay que buscar la voluntad complementaria, la voluntad supuesta, y esa es la ley, que así como en los abintestatos, á falta de disposición testamentaria, señala los grados de afecto del difunto

Digitized by Google

para deferir la herencia, y en el caso del artículo en cuestión marca que el silencio en el que testa significa su conformidad con lo que el Código dispone, así también el silencio en el que falleció antes de redactarse ese precepto, si algo da á entender, es la identificación con lo que la ley decía: la conservación del poder paterno en la viuda, sin limitaciones ni cortapisas de ninguna especie.

Resulta, pues, que no es, jurídicamente hablando, el Código civil el que condiciona la modificación del derecho de patria potestad en la viuda; que la voluntad creadora de esa modificación no es la de la ley, sino la del cónyuge premuerto, y que, por lo tanto, sin la existencia y determinación de esa voluntad no hay términos hábiles para aplicar la legislación del Código, que sólo atiende á ella para limitar ó no el derecho de la viuda.

Trátase en este caso de un verdadero derecho adquirido, porque este concepto merece el que tiene la madre á conservar el poder paterno contrayendo segundas nupcias mientras no exista la prohibición del marido; y así como la madre, autorizada por el suyo, ostenta como un derecho perfecto el continuar ejerciendo la patria potestad después de casada nuevamente, siquiera no llegue el momento de su ejercicio hasta que se cumpla, con la realización del nuevo matrimonio, la condición que tenía en suspenso la efectividad de este derecho, así la madre cuyo marido no pudo autorizarla por prohibición expresa de la ley, ostenta por la ley misma el derecho á continuar ejerciendo el poder paterno, derecho del que parece no puede ser privada.

En resumen: toda la innovación introducida en esta materia se reduce á que, antes del Código, conservaba la madre la patria potestad sobre sus hijos, contrajera ó no nuevas nupcias, mientras hoy queda á elección del padre el autorizar su ejercicio, caso de segundo matrimonio. De aquí que la modificación de este derecho no provenga propiamente de la ley, sino de la voluntad del padre, y que para conocer la existen-

Digitized by Google

cia ó no existencia del derecho haya que atender, no á las disposiciones del Código, que nada dan ni quitan, sino á la determinación y existencia de aquella voluntad.

Parece que una solución basada en estos términos es la única aceptable, pues por virtud de las razones apuntadas, y aun prescindiendo del principio *odiosa sunt restringenda*, la situación de la madre cuyo marido falleció antes de publicarse el Código es absolutamente idéntica, por no decir mejor, á la de aquella otra que queda viuda bajo la nueva legislación y autorizada por su cónyuge para ejercer en todo tiempo los derechos paternos.

3.º Fallecimiento del marido y realización del segundo matrimonio bajo el imperio del Código.

Quizá pueda creerse esta cuestión resuelta dentro del mismo Código civil en su tercera disposición transitoria, al decir que «las disposiciones del mismo que sancionen con privación de derechos actos que carecían de sanción en leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese ejecutado el acto prohibido por el Código». Pero prescindiendo de este precepto—cuya aplicación á este caso sería muy discutible, por referirse á *actos prohibidos por el Código*, no prohibirse en éste las segundas nupcias de la mujer, y ser imposible dar más alcance á una disposición que el que se desprenda de sus palabras,—parece que todo el problema se reduce á investigar si el poder paterno, originado por los hechos matrimonio y nacimiento de los hijos, constituye una relación invariablemente condicionada por la legislación á cuyo amparo se forma, ó si, como relación independiente del consentimiento de sus sujetos, es susceptible de modificaciones por las leyes.

Quizá sería esta la cuestión que consideraba el Tribunal Supremo en la sentencia origen de este estudio, y siendo así, parece que nada hay que objetarle, porque, prescindiendo de la justicia ó injusticia del precepto legal, existen razones poderosas que abonan la solución dada al asunto.

Digitized by Google

Son éstas razones de semejanza, en casos análogos, demostrativas de que no es de naturaleza tan invariable la relación jurídica entre padres é hijos, que no sea susceptible de modificaciones por virtud de las leyes. Así, por ejemplo, la patria potestad terminaba en el tiempo, según la ley de Matrimonio civil, al cumplir el hijo los veinticinco años; hoy se extingue cumplidos que sean los veintitrés, sin que á nadie se le ocurra sostener que el hijo nacido bajo la antigua ley debe continuar en el poder paterno después de cumplidos los veintitrés años y rigiendo el Código civil. Lo propio ocurre con otras causas que extinguen ó suspenden el ejercicio de la patria potestad, tales como la pena de su privación, la interdicción, la ausencia, la sevicia, etc., las cuales producen su efecto con arreglo á la legislación que esté en vigor, porque, como acertadamente dice el Tribunal Supremo, se trata de actos condicionados por la legislación bajo la que se producen y que llevan consigo las consecuencias determinadas en ella.

Idéntico sería el caso de contracción de segundas nupcias por la viuda, si no estuviera subordinado por la ley á la voluntad del cónyuge difunto: un acto cuya comisión lleva aneja una privación de derechos. Lícito ó no, el Código lo restringe, y la ley, que sanciona su celebración, sanciona también sus efectos.

Fallecido el cónyuge rigiendo el Código, sabiendo que su silencio con respecto á este particular significa la prohibición del ejercicio de la patria potestad á su viuda si contrae nuevo matrimonio, parece que este derecho entra por entero bajo el imperio de las nuevas leyes, y que ellas son las únicas reguladoras de su eficacia y efectos.

En resumen, son tres los casos posibles: mujer que quedó viuda y contrajo segundas nupcias antes del Código; mujer que quedó viuda antes de la promulgación de éste y se casó después; mujer que enviudó y se casó después del Código. A la primera condición corresponde esta regla: «la viuda, aunque se haya casado, no *pierde nunca* la patria potestad.» A la terce-

Digitized by Google

ra corresponde esta otra: «la viuda que contrae matrimonio *conservará* ó *perderá* la patria potestad, *según* que el marido haya autorizado ó no aquél.» Para la segunda el Tribunal Supremo ha inventado esta regla, que no está en el Código: «la viuda que se casa de nuevo *perderá siempre* la patria potestad.» O lo que es lo mismo: conforme al Código, la viuda, ó *conserva en todo caso* la patria potestad, ó la *pierde* ó *conserva según los casos;* y según la sentencia del Tribunal Supremo, hay viudas que la *pierden en todo caso.*

CECILIO RODA.

Digitized by Google

DERECHO MERCANTIL, PROCESAL Y CIVIL

Estudio sobre la rescisión del contrato de compañía colectiva.—Manera de salir del condominio indivisible, y forma de llevarse á cabo la rescisión parcial de las colectivas y comanditarias.

I

Hay dos artículos en el Código de Comercio, el 132 y el 219, que, refiriéndose el primero á las Sociedades colectivas, y el segundo á éstas y á las comanditarias, hablan de rescisión, y, sin embargo, no hay entre los mismos la relacion que á primera vista parece.

Por el 132 tienen los socios facultad para rescindir el contrato, ó para poner un coadministrador, si de la gerencia resultare perjuicio manifiesto á la masa social, cuya justificación y declaración consiguiente debe hacer el Juez ó Tribunal á quien competa. Claramente se infiere que el legislador, observando el rumbo que generalmente llevan las escrituras sociales, dice lisa y llanamente en el artículo, que si los estatutos contienen la cláusula compromisaria, á virtud de ella deben resolverse los conflictos ó cuestiones, y en caso contrario, mejor dicho, si hay sumisión ó promesa de sumisión á un Tribunal competente de la jurisdicción ordinaria, ésta será la encargada de semejantes resoluciones; por donde se ve que todo lo que se relaciona con la marcha y desarrollo de estas entidades lo deja la ley á la iniciativa de las mismas.

De suerte que si hay casos taxativamente marcados en que puede intervenir la autoridad pública, es sólo por excepción,

Digitized by Google

y porque además las partes así lo establecen, renunciando la facultad que tienen de poner estos conflictos en manos de árbitros ó arbitradores.

Tanto la rescisión del contrato aludido, como la parcial, á que se refiere el art. 219, aplicable á las colectivas y comanditarias, presuponen necesariamente una falta calificada en el cumplimiento del deber por parte de cualquiera de los socios, si bien es de más importancia y trascendencia la que cometer pueda un administrador ó gerente, por lo mismo que se halla investido, dentro de la sociedad, de un carácter casi público, y también porque al preferir, quien intente el recurso, el medio de la rescisión al de la coadministración, puede desaparecer el organismo con perjuicio de todos los asociados.

II

Íntimamente ligada con esta primera cuestión se halla otra de derecho civil, puesto que la rescisión ó anulación del contrato, como asimismo la disolución completa, si la Compañía era dueña de algún predio ó cosa indivisible, y no había entre los socios avenencia, lleva como secuela la división por medio de la subasta pública, cuyo desarrollo nos enseñan varios preceptos del Código civil, por virtud de los cuales (artículos 406 y 1062) basta que un comunero reclame ó exija la venta, para que ésta se verifique con admisión de licitadores extraños.

Hasta aquí no hay dificultad alguna; pero puede ocurrirse la duda de si la solicitud al Juez de primera instancia ha de ser en via contenciosa ó en forma voluntaria. Opina el que suscribe, interpretando el espíritu y tendencia del Código, como también la letra de los artículos citados, que no tendría significación ó realidad la facilidad para la venta, deseada por el legislador, si ésta fuera la resultante de una contienda judicial, de un pleito. Al decir el segundo de los artículos que se verifique la venta en pública subasta, cuando un socio lo soli-

Digitized by Google

cite, no hay duda que se refiere á la decretada por el Juez en acto de voluntaria jurisdicción.

Entiende más: tratándose de cosa indivisa é indivisible de una testamentaría, cuyas operaciones se lleven amistosamente, sin menores, puede realizarla el albacea en el estudio de un Notario ó ante el Tribunal.

Ahora lo que no puede negarse á ningún condueño, por más que sea una temeridad, por ir contra textos evidentes de la ley escrita, es que se oponga á la venta; entonces, si esto sucede, viene el caso del art. 1817 de la ley de Enjuiciamiento civil; mas no habiendo una verdadera oposición, la venta se verifica como acto voluntario.

III

Dije al principio que había diferencia marcada entre la rescisión del contrato de compañía colectiva y la rescisión parcial á que se refiere el art. 219 del Código mercantil, y voy á demostrarlo. Como se desprende del 218, en relación con el anterior, son necesarias dos condiciones para que tenga lugar semejante acto jurídico: 1.ª, que por cualquiera ó varios socios se haya cometido alguna de las faltas enumeradas en el citado art. 218; y 2.ª, que haya divergencia ó disentimiento entre los mismos respecto á la apreciación ó alcance de la falta, cuyo razonamiento tiene explicación satisfactoria, sabiendo el origen de la palabra rescisión, que viene del verbo latino, *rescindo, is,* el cual significa cortar, rajar, despedazar, hacer pedazos, destrozar. Efectivamente, si el culpable ó culpables reconocen su incorrecto proceder, y voluntariamente se retiran de la compañía con su participación, conforme al art. 225, huelga la rescisión, por donde se ve claramente son de necesidad las dos condiciones ó requisitos apuntados.

Mas el verdadero problema jurídico consiste en saber cuál es el organismo ó entidad encargada de realizar semejante resolución ó acto. Recordando la naturaleza de la sociedad,

Digitized by Google

como ser viviente, como persona moral (1) en los términos que se considera en el articulado del Código de Comercio, se viene en conocimiento por lógica deducción, de que, si las compañías mercantiles se disuelven ellas mismas por virtualidad de sus propios elementos, con mayor razón tendrán vitalidad y fuerza coercitiva bastante para acordar y llevar á la práctica la rescisión parcial, por el principio de que la persona que puede hacer el todo, ó deshacer el todo, facultades tiene para destruir la parte (caso 5.º del art. 21).

Además, y sobre el razonamiento del párrafo anterior, los arts. 170, 218 y 219, ya repetidos, comprenden todo el derecho positivo sobre el particular, estableciéndose en el último sin excepción que la soberanía de la Sociedad por medio de sus juntas generales es la encargada de llevar á efecto la rescisión parcial, y con tanta claridad se expresa el legislador en este artículo, que no es necesaria la interpretación. Por él se ordena, como una sanción penal contra los socios que se apartan del buen camino, que se les retenga su haber social hasta ultimar las operaciones pendientes al verificarse la rescisión, sin darles participación en las ganancias; siendo su consecuencia quedar ineficaz el contrato respecto á los mismos, y ellos expulsados.

Si la doctrina que expongo no fuera la correcta y legal, ó lo que es lo mismo, si para expulsar al socio que incurre en la responsabilidad del art. 218 hubiera que oirlo (aparte de la junta) ó vencerle en juicio, caían por su base los artículos desde el 225 al 232 del Código de Comercio, resultando el absurdo de que, pudiendo un solo socio por el 224 conseguir la disolución sin causa, la misma Sociedad carecía de fuerza para lanzar á un culpable.

Ahondando más el argumento, surge esta otra cuestión: ¿deben intervenir todos los socios, materialmente hablando, para que se produzca la rescisión? Considerando el que suscri-

(1) Véanse las páginas 61 y 62 de este tomo.

Digitized by Google

be, que el ejercicio de las funciones sociales se desarrolla en las juntas generales, debidamente convocadas y constituídas, y que dichas reuniones, lenguaje, espíritu y vida de las compañías, lo son, desde el momento en que todos los socios han sido en oportunidad notificados ó requeridos para la reunión, en cuya diligencia se les ha hecho saber el objeto, día, hora y local, etc., entiende que, virtualmente todos contribuyen á la resolución que se adopte, aunque alguno ó algunos falten.

Si los culpables son de los que no concurren, aparte de lo que la escritura social establezca respecto á las mayorías, es una regla infalible para todos los casos no previstos que, existiendo en la junta mayoría real y mayoría formal ó de socios, habrá necesariamente acuerdo, y éste será ejecutivo, como expresión soberana del organismo; y de aquí que pueda decirse que la rescisión se lleva á cabo por la mayoría y no por la integridad de todos los asociados. Igual procedimiento establece el Código mercantil para las anónimas, conforme á la letra del art. 151.

Pero es más: discurriendo algo sobre el particular, puede hacerse el siguiente razonamiento. No cabe duda que, si el socio culpable asiste á la junta para su expulsión, quedará por regla general en minoría, á no ser que, reconociendo su falta, se sume con la mayoría, en cuyo caso (art. 225) hay retirada, y no rescisión; y si triunfa el voto de la mayoría, ¿puede decir el expulsado que no se le ha oído? Pues lo mismo resulta cuando no asiste, la cual conducta recibiría premio, en vez de sanción, si por no asistir dejara de tomarse acuerdo ó resolución.

En resumen, y condensando en breves líneas la materia de rescisión parcial de colectivas y comanditarias, puede decirse que se necesita para su existencia legal: 1.°, la concurrencia de cada una de las faltas enumeradas en el art. 218 del Código mercantil; 2.°, disentimiento ú oposición entre los socios respecto á esta cuestión; 3.°, corresponde á la junta general, debidamente convocada y constituída, la oportuna declaración,

Digitized by Google

con lo cual, y luego de otorgado el correspondiente documento público, se anotará en el Registro mercantil de la provincia, conforme al art. 21, caso 5.°, de este Código; y 4.°, es su inmediata consecuencia la ineficacia del contrato con respecto al socio ó socios culpables y quedar éstos excluídos de la compañía, teniendo además la junta facultad de exigirles la parte de pérdidas que pudiera haber, y también retener los fondos que tuvieran en la masa social, hasta quedar terminadas las operaciones pendientes al tiempo de la rescisión, sin darles participación en las ganancias.

MANUEL M. LOZANO.

Digitized by Google

LA CUESTIÓN OBRERA Y LAS LEYES *

CAPÍTULO V

LA LEGISLACIÓN OBRERA EN FRANCIA

Origen y organización de los gremios *(maîtrises et jurandes)*.—Los Capetos. —*El establecimiento de los oficios* de Esteban Boileau.—Los Valois. — Abolición de las cofradías por Francisco I. – La Ordenanza de Carlos IX.—La reforma de los oficios (1581).—Los Borbones. — La obra legislativa de Colbert (los edictos, reglamentos y ordenanzas de 1664 á 1674).—Consecuencias de la revocación del edicto de Nantes (el edicto de 1691).—Las cartas patentes de D'Aguesseau.—La reforma de Turgot.—Instrucción á los inspectores de fábrica de 26 de Abril de 1775.—El célebre edicto de Febrero de 1776.—Protesta de los Procuradores en el *lit de justice* de la misma fecha. —El edicto de Clugny de Agosto de dicho año.—El obrero y la revolución (reconocimiento de la libertad de trabajo en toda su amplitud).—Ley 2.ª, 17 de Marzo de 1791.—Famosos decretos de 14 y 17 de Junio.—La Constitución del año tercero de la República.—Política industrial del Directorio. —La legislación obrera durante los dos primeros tercios del siglo actual. —Los *Conseils de prud'hommes*.—La ley de fábricas de 22 de Marzo de 1841. Fijación legal de la duración del día de trabajo (decreto de 2 de Marzo de 1848).—La tercera República y la tutela del trabajador (la inspección industrial).—Ley de 8 de Julio de 1890 instituyendo los delegados para velar por la seguridad de los mineros.—Reglamentación del trabajo de los menores y de las mujeres (ley de 2 de Noviembre de 1892).—Los retiros obreros (ley de 1885 y proyecto de M. Rouvier en 1892).—La ley de sindicatos profesionales de 21 de Marzo de 1884.—Proyecto de ley de M. Rouvier y contraproyecto de M. Goblet (1892).—El arbitraje industrial (proyecto de 1886, ley de 27 de Septiembre de 1892, circular del Ministro de Comercio de 23 de Enero de este año).—El Consejo superior del trabajo (decreto de 22 de Enero de 1891).

En Francia, la historia de la legislación obrera, desde época

---

* Véanse las páginas 311 del tomo 81, 98 y 236 del 82, y 23 del 83 de la REVISTA.

Digitized by Google

muy remota hasta la famosa y transcendental Revolución de 1789, puede decirse que es la historia de los gremios, de aquellas *maîtrises et jurandes* que sirvieron durante siglos de modelo á la organización industrial de la mayor parte, por no decir de todos los pueblos, del antiguo continente.

No hemos de discutir, porque no es de nuestra incumbencia, ni importa tanto como algunos creen, si el movimiento corporativo que se inicia en los *collegia* latinos y en ciertos talleres colectivos, cuasi familiares, organizados cuando reinaban los dos primeros solios ó dinastías, por poderosos señores ó por opulentos monasterios, fué espontánea manifestación de la natural diferenciación que la disparidad de ocupaciones manuales determina, robustecida por la necesidad de defenderse contra las depredaciones de los barones feudales, y alentada por la política en los reyes que buscaban en ellos un medio de acrecentar su poder mermado por aquellos soberanos parcelarios, ó fué *creación de la ley*. Después de todo, se encuentra con facilidad la composición de ambas teorías en algo que tiene muy racional explicación. La espontaneidad popular dió vida á los gremios, la autoridad política reconoció su existencia y garantizó su derecho en normas legislativas; pero es preciso confesar que el poder personal de los reyes absolutos explotó en muchas ocasiones la opresora necesidad que la clase artesana sentía de constituirse en gremios, y como encontró con dóciles legistas que interpretaban *ad usum delphinis* el derecho romano para proclamar el dominio eminente del Estado, se compuso de modo que otros propagaran entre las masas y escribieran en las leyes el principio de que el *derecho de trabajar* es un derecho *regaliano*, con el fin preconcebido que claramente descubrió Chaptal en tiempos muy de atrás en las siguientes reflexiones: «El objeto aparente de las corporaciones de oficios era sin duda el de concentrar la industria en manos capaces de ejercerla; *pero el propósito real ha sido siempre el arbitrar recursos para el Tesoro*. Por eso se ha visto siempre crear cargos, multiplicar los oficios, aumentar las corporaciones en esas épocas desastrosas en que largas guerras y profundas disensiones civiles habían secado todas las fuentes de la riqueza pública.»

Digitized by Google

Esto explica en gran parte los cambios de régimen que en la legislación industrial francesa han ocurrido desde el siglo XIII hasta últimos del XVIII.

Los *Capetos* hubieron de sostener perdurable lucha con los señores feudales; necesitaron, pues, buscar apoyo en las ciudades y en la burguesía; consecuencia; una política favorable al desarrollo de los gremios. A este período pertenece el famoso *Establecimiento de los oficios* de París, compilado por el preboste Esteban Boileau, por encargo de San Luis (1), que es acaso el primer Código obrero promulgado en la nación francesa, que al decir del eminente historiador de la Economía, M. Blanqui, ha ejercido demasiada influencia «en el desarrollo de la riqueza pública y en los destinos de la industria para no ocupar un lugar en la historia de la Economía política.» El *libro de los*

---

(1) He aquí el preámbulo, que da perfecta idea de lo que se proponía este cuerpo legal.

«Esteban Boileau, gran preboste de París, á todos los habitantes y residentes en él, etc., salud. Por lo que hemos visto en París, que nos desagrada y disgusta, tanto por la perfidia, madre de los pleitos, y reyertas que desmoralizan al pueblo, cuanto por el engaño que se emplea á sabiendas para con los forasteros por los de la ciudad que no tienen ni ejercen ningún oficio y en razón á que éstos venden á los extranjeros mercancías que no son tan buenas como debían ser; nuestra intención es insertar en la primera parte de este Reglamento, y lo mejor que nos sea posible, todo lo relativo á los oficios de París, sus ordenanzas y penas por traspasarlas. En la segunda parte trataremos de los conductos, riberas, transportes, mercados, pesos, rodajes, máquinas y de todos los demás objetos que están sujetos á reglas. En la tercera parte se consideran los Tribunales y las jurisdicciones con relación á todos aquellos que ejercen justicia en la ciudad y en los arrabales de París; lo que hemos hecho en beneficio de todos y particularmente de los pobres y de los extranjeros que venían á comprar mercancías á París, á fin de que éstas sean buenas y de que sus compradores no sean engañados por culpa de los vendedores: y para castigar á aquellos que percibieran ganancias indebidas, ó que por mala fe las piden y toman contra Dios, contra derecho y contra razón Esto se ha hecho por consejo de los más sabios, más leales y más ancianos de París, de los que deben entender de estas cosas, los cuales reunidos alabaron mucho esta obra, por lo cual condenamos á todos los oficios de París, á todos los que en ellos intervengan, que no hagan ni vayan en contra de ellos.»

Digitized by Google

oficios contiene reglamentos para más de 150 profesiones diversas, que contribuyeron á moralizar la industria de aquellos tiempos y á fomentar el espíritu de cuerpo, que mal entendido en época posterior, había de producir consecuencias tan desastrosas para el productor como para el consumidor, y á mejorar en gran manera los procedimientos de fabricación por la separación de las ocupaciones que imponía y por la viva emulación que estableció entre los artesanos que habitando los mismos barrios, colocados enfrente unos de otros, libres para elegir los más honrados y los más hábiles, adquirieron extraordinaria habilidad en su arte.

Al advenimiento de la dinastía de Valois, se advierte en la política industrial un cambio radical, explicable por la variación de las condiciones sociales. La nobleza ya no hacía sombra al Rey; mientras que la burguesía y el pueblo, envalentonados con los privilegios que por conveniencia propia les habían otorgado los Capetos, acaso infundieron temor en el ánimo del Jefe del Estado, que ahora para enfrenar el nuevo poder naciente, se alía con la aristocracia y procura quitar fuerza á los gremios inclinándose del lado de la libertad del trabajo. Felipe VI (1328, 1350), limita los derechos de las corporaciones. Juan I (1350, 1364), dicta várias Ordenanzas, según las cuales todo artesano puede establecerse libremente y tener cuantos aprendices quiera, sin otra limitación que someterse á la inspección de los *prud'hommes* (*probi viri*) nombrados por el Rey; y en verdad que las nuevas doctrinas encontraron seria resistencia en las corporaciones de artes, y que debilitado el Monarca por la guerra contra los ingleses y por las rebeliones interiores, hubo de cesar por entonces en su ensayo. Carlos VII (1422-1461), á pesar de alcanzar tiempos mejores para la consolidación del poder real, no insistió en la política de sus antecesores por lo que toca á la organización de los cuerpos de oficios, antes al contrario, favoreció y promovió su establecimiento y mantuvo los privilegios antiquísimos de que disfrutaban los ya existentes; por supuesto, que como ningún otro reafirmó la doctrina legal del origen rea-

Digitized by Google

lengo del derecho de trabajo, siempre puesta la mira en explotar en provecho del Erario las consecuencias de tales teorías. Luis XI (1461-1483), el D. Pedro el Cruel de Francia, por sus excesos de autoridad como por su probada predilección por las clases populares, continuó el sistema de su padre, reforzando con mayor energía, si cabe, el derecho del rey, y reivindicando, en tanto, el de expedir cartas de maestranza.

Coincide en Francia con el Renacimiento un manifiesto progreso en la vida de las artes industriales, á que quizá no fuera ajeno el grandioso espectáculo que los soldados de Carlos VIII habían contemplado á fines del siglo XV en Italia, y en el cual tuvieron parte segura, la energía con que los reyes procedieron en la campaña de corregir los abusos que el sistema cerrado y exclusivo de las corporaciones hubo necesariamente de producir. De esta época data la abolición de todas las cofradías de artesanos *(toutes confréries de gens, de mestiers et artisans)*, decretada por Francisco I (1539) (1) y la Ordenanza de Carlos IX (1567) sobre la policía de los gremios y la inspección de los oficios por parte del Estado. La más importante compilación legislativa de la época á que nos referimos es la célebre Ordenanza de 1581, que reformó la organización de

(1) Tenían estas corporaciones un carácter cívico-religioso, y algunas de ellas procedían del siglo XIII. Celebraban con grandes fiestas la conmemoración del santo patrono, en las que no faltaban las romerías populares, las procesiones; socorrían á los asociados pobres, enfermos ó impedidos para el trabajo con recursos en especie ó en dinero; sostenían hospitales y hospicios, en los que se recogían los cofrades que por padecimientos físicos ó por desvalimiento no podían atender á la satisfacción de sus necesidades, y concurrían á los entierros de los miembros de la corporación con cera y el pendón de la hermandad. Para subvenir á los gastos pagaban una cuota de entrada, que variaba según el grado de riqueza y las necesidades de la cofradía; los oficiales forasteros que venían á trabajar á la ciudad debían contribuir con un día de jornal; los maestros, al obtener el título, tenían obligación de donar alguna cosa; los aprendices y los operarios no estaban exentos de esta especie de impuesto, y hasta los muertos pagaban contribución, puesto que todo cofrade, á su fallecimiento, debía hacer legados en favor de la hermandad.

Digitized by Google

los oficios. Proponíase cuatro fines principales: ordenar en un cuerpo de oficios todas las artes del reino; hacer que el sistema de las corporaciones fuera menos exclusivo, dando mayores facilidades para la admisión; abolir los abusos de los maestros, poniendo los gremios bajo la inmediata inspección del Rey, y recaudar un impuesto sobre el trabajo en provecho del Monarca. Como en muchas ciudades de Francia no existía la agremiación, lo cual era para el legislador motivo de atraso en la industria, en la susodicha Ordenanza se mandaba que los artesanos de todos los pueblos se constituyeran en corporación y prestaran juramento de maestranza ante el juez ordinario local. Ningún artesano podía ejercer el oficio sin haber demostrado su suficiencia y haber comprado *la carta del rey*. Hasta entonces las corporaciones de las diferentes ciudades eran enemigas, hasta el punto de impedir que los maestros de un pueblo pudieran pasar á otro; la Ordenanza de 1581 desterró estas intolerancias, al menos entre los artesanos del mismo bailiazgo ó del mismo senescalado, ó en el territorio en donde tuviera jurisdicción un mismo Parlamento. París gozaba de privilegio; ningún maestro forastero podía abrir taller, y los naturales de la villa, sin embargo, estaban autorizados para establecerse en todo el reino. Uno de sus artículos autorizaba al artesano para dedicarse á dos oficios del mismo género, siempre que en ambos hubiese demostrado suficiencia. Prohibíase la redención á metálico de los años de aprendizaje, así como presentarse á la maestranza antes de los veinte años de edad y previa una permanencia de tres en el grado de oficial. La ejecución de la pieza de prueba debía durar más de tres meses. Los jurados de la corporación elegían la que había de ser, y juzgaban de la capacidad del aspirante; si no lo conceptuaban competente, el juez regio nombraba un cierto número de maestros que fallaba como en apelación; en el caso de que confirmaran la decisión de los jurados todavía podía recurrirse como en alzada ó casación á una tercera comisión; el candidato no era rechazado sino cuando las tres resolucio-

Digitized by Google

nes resultaban conformes; si esto no ocurría, el juez obligaba á los jurados á conferirle el grado de maestro. De esta manera protegía el legislador al artesano contra los celos y rivalidades de sus compañeros. Suprimiéronse por esta Ordenanza aquellos costosos banquetes con que forzosamente habían de festejar los oficiales la obtención de la maestranza, lo cual significaban, en París por lo menos, la economía de una cantidad que variaba de 60 á 200 escudos. En compensación, la ley fijaba un honorario en dinero, tanto en reconocimiento de aquel beneficio, cuanto porque resultaban por la Ordenanza descargados de cinco sextas partes de los gastos que solían hacerse para recibir el grado de maestro. Este honorario, que se satisfacía antes de prestar el juramento, era de uno á tres escudos en los pueblos pequeños, y en las grandes ciudades, como París, Tolosa, Ruan y Lyon, ascendía á 10 para los oficios menores y á 30 para los mayores. Con objeto de facilitar la entrada en las corporaciones de los operarios pobres, la Ordenanza creaba tres maestranzas, que habían de proveerse por medio de *cartas patentes* en cada oficio, y declaraba que en los tres primeros meses, después de su publicación, se podría ingresar en los gremios sin necesidad de presentar certificado de aprendizaje, pero á condición de hacer la pieza de prueba y de pagar el honorario regio (1).

Durante los primeros tiempos de la casa de Borbón continuaba el descontento de las corporaciones y contra las corporaciones; aquéllas, porque no extremaban el privilegio, y éstas, porque el monopolio que ejercían redundaba en grave perjuicio de los consumidores y de los intereses de algunos artesanos que no querían sujetarse al cerrado régimen de los *maîtrises et jurandes*. En la Asamblea del Parlamento general, celebrada en 1614, el tercer estado reclamó la abolición de todas las corporaciones constituídas después de 1576, y que la inspección y

(1) Levasseur, *Historia de las clases obreras en Francia desde la conquista de Julio César hasta la Revolución;* 2 vol., París, 1859.

Digitized by Google

vigilancia de los oficios fuera ejercida únicamente por funcionarios públicos. El Rey no se atrevió á acceder á esta radical petición; pero por otro lado dispensaba fácilmente de la observancia de la Ordenanza de 1597, que venía á ser como una reproducción de la de 1581. Richelieu y Mazzarino poco ó nada hicieron en materia de legislación obrera.

***

Importantes modificaciones se registran en la historia de la legislación industrial en el reinado de Luis XIV. Brilla entonces como estrella de primera magnitud en la esfera de los negocios públicos un genio, Colbert, que, hombre de ciencia, al par que hombre de Estado, es una acabada prueba de que puede aliarse perfectamente la teoría y la práctica, y que no perjudica á un sano sentido de la realidad, antes al contrario, la conveniente preparación científica. El economista, el sociólogo, supo dar satisfacción á la necesidad que el país sentía de grandes adelantos en la agricultura, en la minería, en la manufactura, en el comercio interior y exterior; el financiero comprendió al primer golpe cuán exacta era la pintura que del sistema rentístico vigente le hacían en su petición de 26 de Enero de 1654 las seis corporaciones de comerciantes de París (1), y pronto aplicó el remedio á heridas tan profundas como las que se le mostraban.

---

(1) Merecen ser conocidos algunos de los párrafos de tan interesante petición, que aun hoy tienen su actualidad: „Señor, la experiencia enseña que los impuestos excesivos no han aumentado jamás las rentas de un Estado, porque hacen perder al pormayor lo que se gana al pormenor... A decir verdad, no hay mejor medio de atraer el oro y la plata, con los que los ejércitos subsisten, que el desarrollo del comercio y de la industria... Nuestros obreros no pueden sacar provecho de la industria sino con la ayuda de los extranjeros, que nos suministran todas las lanas finas, porque nosotros no tenemos más que las toscas, así como las drogas para los tintes, las especias, los azúcares, los jabones y los cueros, sin cuyos géneros no se puede pasar y no se

Digitized by Google

Cuando Colbert se encargó de la dirección de la política francesa, encontró á la industria en atraso manifiesto con relación á la de las principales naciones europeas, y teniendo, como tenía el país, condiciones materiales y personales para desempeñar un papel importante en la economía universal, sus productos, desacreditados por el desconocimiento de los procedimientos técnicos de legislación en Inglaterra, Holanda é Italia, apenas transponían las fronteras de la patria. Convencido, como buen economista, de que el progreso y la civilización penden en primer término de la mejor satisfacción de las necesidades materiales, y que la riqueza de un país es uno de los factores más esenciales de su bienestar, juzgó que era asunto vital procurar el mejoramiento de las artes industriales en todas sus manifestaciones, y llevado de su entusiasmo, acaso fué más allá de donde debía ir, exagerando la acción gubernamental en la esfera económica y extremando las medidas de carácter francamente mercantilista.

«El sistema de Colbert, escribe Clement (1), puede ser formulado en pocas palabras. Según sus ideas, para que la industria ocupara en Francia un puesto proporcionado á la población y á la importancia del reino, se necesitaban tres cosas:

»1.° Corporaciones vigorosamente organizadas, que comprendieran trabajadores de todos los oficios.

»2.° Reglamentos que obligaran á todos los fabricantes á conformarse en los procedimientos técnicos á las prescripciones que hombres peritos en cada arte reconocieran como necesarios.

»3.° Una tarifa aduanera que impidiera la entrada en el

---

hallan en el reino. Los extranjeros no dejarán, para hacernos frente, de cargar todas estas mercancías con grandes impuestos, de donde sucederá que nosotros no podremos exportar con perjuicio inmediato de nuestros obreros, que quedarán sin trabajo y aumentarán el número de los inútiles y de los mendigos.„

(1) *Las artes y las corporaciones bajo Colbert.*

Digitized by Google

reino de los productos extranjeros que sostuvieran la competencia con los franceses.»

Para lograrlo puso en juego todos los resortes gubernamentales, desde la reglamentación más escrupulosa hasta el auxilio pecuniario en grande escala; desde la reducción de las minuciosas y complicadas tarifas de Aduanas á un solo derecho de entrada y salida, hasta la imposición de acerbas penas á los contraventores de las disposiciones adoptadas, que con toda energía debían aplicarse; desde la protección directa del Estado, traducida en reclutamiento de artesanos extranjeros, concesión de privilegios y monopolios, hasta la institución de un servicio de inspectores de las manufacturas, encargados de sellar las telas, visitar las ferias é inutilizar las mercancías defectuosas. Comienza á poner por obra su sistema con el Edicto de Septiembre de 1664, con el que inicia sus proyectos de proteger el comercio y restablecer las antiguas manufacturas: de 1665 á 1669 dicta 150 reglamentos para las artes y oficios, que compila en 1669 en cuatro Ordenanzas. Según ellas, la fundación de las empresas, su establecimiento y su ejercicio se subordinan á la aprobación del Gobierno; los oficios continuarán organizados corporativamente, y el derecho de dedicarse á ellos pende de la condición de formar parte de un gremio; pero tanto la admisión como los estatutos de las asociaciones fueron reformados de modo que en lo sucesivo redujeran su misión meramente á excitar la actividad y desenvolver la aptitud de los artesanos y á ejercer una misión de policía, siempre bajo la inspección y vigilancia del Estado. Comprendían aquéllas una serie de detalladas prescripciones relativas al procedimiento de fabricación y condiciones del producto (materias, magnitud, forma, etc.).

Con tal propósito revocó el Ministro de Luis XIV las leyes de 1581 y 1597; sujetó á revisión los estatutos de las corporaciones existentes; fundó un gran número de gremios; reguló escrupulosamente el derecho corporativo (condiciones de admisión, aprendizaje, oficialatos, pieza de prueba, organización

Digitized by Google

y vida interior de las asociaciones obreras), de manera análoga á como, andando el tiempo, hemos visto que lo hizo Alemania; á este efecto promulgó la célebre Ordenanza de 12 de Marzo de 1673 y 24 de Febrero de 1674.

Añádase á esto que Colbert para completar su obra nada ahorraba; se informaba diligentemente de las necesidades y de los progresos de cada oficio; escribía él mismo á los directores de las manufacturas; mandaba inspectores para asegurarse del cumplimiento de las órdenes; invitaba á las mujeres de los oficiales públicos de cada ciudad á visitar los talleres, á conversar con los operarios, á animarlos con recompensas pecuniarias; concedía premios á los mejores obreros; eximía del pago de la talla á las familias que tuvieran á sus hijos empleados en las fábricas; disminuía el impuesto de las ciudades manufactureras, y para estimular el celo de las demás, hacía público oficialmente que este favor se les otorgaba por su aplicación y laboriosidad; aplazaba el pago de las deudas que tenían con el Estado á los negociantes que aumentasen la fabricación; obligaba á los comerciantes á no comprar más que los artículos producidos en las manufacturas recientemente fundadas. De este modo logró la introducción de nuevas industrias en Francia, la extensión del trabajo industral en el campo, la emancipación de la grande industria (1).

Poco duraron las consecuencias del colosal impulso que recibiera la industria francesa: ni en lo que resta del reinado de Luis XIV, ni durante todo el de Luis XV, se nota nada que revele, si no un nuevo genio, al menos un continuador entendido y de buena intención. Dos años después de la muerte de Colbert (1685), se *pronuncia la revocación del Edicto de Nantes*, y con él recibe la *industria francesa golpe de muerte, sólo comparable* por sus desastrosos efectos con la ruina que produjo en nuestro país la expulsión de los judíos (2). No faltaron en estos tiempos

(1) Levasseur, ob. cit.

(2) Heridos en uno de los sentimientos más arraigados y más puros del

Digitized by Google

preceptos legislativos en materia industrial; pero lejos de encontrar en ellos beneficios la industria, sólo servían para apretar más y más las mallas de una reglamentación incompatible con la libertad de movimientos que imponían á las fábricas y los talleres los nuevos inventos y los modernos descubrimientos. Muy necesitado entonces el Gobierno por las fuerzas que le arruinaban, y el lujo y el desenfreno de la corte que ponían á la Hacienda á dos dedos de la bancarrota, de arbitrar recursos para atender á la enormidad de los gastos que le agobiaban, acudió el arbitrio de aumentar las tasas que pagaban las corporaciones. El edicto de 1691 consignó esta doctrina legal, y al mismo tiempo se entró descaradamente por la senda de la creación y venta de oficios hereditarios, de inspección de oficios, obligando á los gremios á pagar ciertos derechos á sus titulares, que podían rescatarse anticipando una suma al Estado. Muchas corporaciones hubieron de acudir al préstamo para cubrir las nuevas cargas, como también se vieron obligadas á elevar los honorarios de admisión; todo lo cual determinó en ellas una marcada decadencia.

Antes de ocuparnos en el estudio de la transcendental re-

---

hombre, en el sentimiento religioso, los protestantes, que venían ya muy maltratados por los poderes públicos, que ni aun les permitían el consuelo de practicar en secreto su culto, emigraron casi en masa. París perdió 500 familias; 2.700 Calais; del Electorado de Abbeville emigraron 8.000 personas; 1.600 de Amiens; 40.000 de los alrededores de Bergerac; Villafranca vió disminuirse el censo en 3.000 habitantes; Saint-Etienne en 16.000; Lyon perdió 20.000; Laval 14.000; Normandía 184.000. Un gran número de industrias, como las sederías de Tours y las telas de Alençon, se arruinaron. Los Estados protestantes se apresuraron á ofrecer refugio á los perseguidos en Francia y se enriquecieron á costa de ella. Holanda tuvo desde entonces sombrereros, fabricantes de paños, de terciopelos, y ya no experimentó la necesidad de acudir, para obtener los productos que éstos hacían, á los mercados franceses; á Inglaterra llevaron los expatriados la industrial del papel, de tapices, de batistas, de velos, de brocados y oropeles. Brandemburgo recoge generosamente pintores, arquitectos, pañeros de Sedan y de Languedoc, fabricantes de telas de lana, de sombreros de castor, de medias.

Digitized by Google

forma que en la legislación obrera de Francia introdujo el memorable Turgot, merece recordarse una importantísima obra legal de otro hombre de Estado, famoso por su integridad y su devoción á los intereses públicos, D'Aguesseau. Nos referimos á las cartas patentes, aprobadas por decreto de 2 de Enero de 1749, en las cuales se estatuye sobre dos cuestiones de suma importancia en el orden del derecho obrero. En el artículo 1.º se establece la prohibición de que los artesanos de cualquier oficio abandonen un establecimiento para ir á trabajar á otro sin haber obtenido despedida expresa y por escrito de los patronos, so pena de 100 libras de multa. En el art. 2.º se previene que los operarios, aun cuando no hubieran sido pagados por sus amos, ó recibieran de ellos malos tratamientos, ó tuvieran otras causas legítimas para cesar en la labor, habían de proveerse necesariamente en los Juzgados de policía de las localidades de un billete de despedida, que no se les entregaría si hubieran dejado pendiente las obras ó no dejaran saldados los anticipos que se les hicieran. El art. 3.º prohibe terminantemente á los artesanos reunirse en cuerpos á pretexto de cofradía ú otra asociación análoga, entenderse ó ayudarse para obtener determinadas ocupaciones ó para abandonar otras, impedir de cualquiera manera á los patronos elegir por sí mismos á sus operarios, ya franceses ó extranjeros; y por último, en el art. 4.º se consigna que ningún empresario de fábrica ó de manufactura podrá tomar á su servicio obreros que hayan trabajado en los talleres ó establecimientos de otros de su mismo estado y profesión sin exhibir carta de despedida de sus antiguos directores ó del Juez de policía en su caso.

***

Hemos visto cómo con Colbert se entronizó en la política industrial de Francia el mercantilismo, la intervención del Estado en forma protectora en la esfera económica; pues bien, con el advenimiento de Turgot encarnó en leyes el espíritu

Digitized by Google

de la escuela fisiocrática, que representaba en la economía lo que Rousseau y demás partidarios del *naturalismo* pretendían implantar en la política y en la sociología, el régimen de las leyes llamadas naturales, la libertad en todas las esferas de la actividad humana, y particularmente en la económica, el *laissez faire, laissez passer,* ampliado después con la conocida fórmula del Marqués de Argensón, *ne pas trop gouverner*, no sin proceder en ocasiones con aquella parsimonia que la experiencia de los negocios impone al hombre de Estado, que responde á lo que en el moderno lenguaje político se llama cuestión de oportunidad, y que yo me atrevería á denominar vista constante hacia el ideal relativo ó de época; si bien es preciso confesar que tiene razón el gran historiador de la Economía, Blanqui, cuando dice: «Que las resistencias encarnizadas que el Ministro de Luis XVI encontró, le irritaron y no le permitieron siempre guardar la mesura conveniente en medio del conflicto de opiniones.»

Después de haber abolido de hecho la reglamentación industrial, en su Instrucción á los inspectores de fábricas del 26 de Abril de 1775, publicó el célebre edicto de Febrero de 1776, que es como la carta magna de las clases obreras, muerta apenas conocida, es verdad, pero que resurgió con mayor fuerza, gracias á una portentosa Revolución, que al implantar la libertad de trabajo en Francia, la extendió con sus conquistas por todo el mundo civilizado.

Nunca serán bastantes repetidos aquellos nobles conceptos que Turgot pone en boca del rey en el Preámbulo, que es el proceso más acabado de los obreros de los antiguos gremios: «Algunas personas llegaron hasta sostener que el derecho de trabajar era un derecho real que el príncipe podía vender y que los súbditos debían comprar. Apresurémonos á rechazar semejante doctrina; Dios, al dar al hombre necesidades y al hacer necesario el trabajo, ha hecho del derecho de trabajar la *propiedad de todo hombre, y esta propiedad es la primera, la más sagrada, la más imprescriptible de todas.* Consideramos

Digitized by Google

como uno de los primeros deberes de nuestra justicia y como uno de los actos más dignos de nuestra beneficencia, procurar que nuestros súbditos se vean libres de todo lo que sea un atentado contra este derecho inalienable de la humanidad. Nos queremos, en consecuencia, derogar aquellas arbitrarias instituciones que no permiten al pobre vivir de su trabajo; que rechazan á un sexo, al cual la debilidad ha dado mayores necesidades y menos recursos y que parecen condenarlo á una inevitable miseria, y secundar la obra de la corrupción y de las malas costumbres; que sofocan la emulación y la industria y hacen inútiles los talentos de aquellos á quienes las circunstancias excluyen de una comunidad; que privan al Estado y á las artes de todas las luces que pueden obtenerse de los extranjeros; que retardan el progreso de las artes con las muchas dificultades opuestas á los inventores, á los cuales las corporaciones disputan el derecho de poner por obra los descubrimientos no hechos por ellas; que por los enormes gastos que deben realizar los artesanos al adquirir licencia para trabajar, con las exacciones de todo género que tienen que sufrir, con las muchas multas por supuestas contravenciones, con los gastos y disipaciones de toda especie, con los infinitos litigios entre corporación y corporación, derivados de sus pretendidos derechos acerca de la extensión de los privilegios exclusivos, sobrecargan á la industria con enormes impuestos, onerosos para los súbditos é infructuosos para el Estado; que, en fin, con la facilidad que dan á los miembros de la comunidad para coaligarse á fin de imponer á los pobres la ley de los ricos, son un instrumento de monopolio y favorecen artificios, cuyo efecto es encarecer, fuera de proporción, con los gastos, los artículos más necesarios para la subsistencia del pueblo.»

La reforma de Turgot fué verdaderamente completa. No quedaron más corporaciones que las de los boticarios, plateros, tipógrafos y libreros. Cualquiera persona sin distinción de cualidad ó condición ni de nacionalidad, podía ejercer en

Digitized by Google

París el ramo de comercio ó el arte ú oficio que quisiera, ó varios simultáneamente (art. 1.º); la única condición exigida era la de dar parte á la Autoridad de policía del nombre, apellido, domicilio y profesión á que quisiera consagrarse el postulante. Fué abolida la inspección del Estado, con la sola excepción de la vigilancia que la policía debía ejercer en las industrias inconvenientes ó peligrosas. Todo el antiguo y complicado sistema de burócratas destinados á servir de órganos de la intervención del Gobierno en las manufacturas, vino á quedar reducido á un síndico y dos adjuntos en cada distrito, elegidos cada año por los artesanos y encargados de representar á todos ellos, sin distinción de oficios, y de elevar sus reclamaciones al lugarteniente de policía. Es de suponer que un intento que rompiese de frente con la organización industrial existente por largo espacio de tiempo, aunque desacreditada por los abusos á que daba lugar, hubiera de suscitar vivísima y tenaz oposición, que se mostró abiertamente desde el principio. El Parlamento, aunque obedeciendo al Rey, ordenó el registro del edicto famoso en solemne sesión por aquél presidida *(lit de justice)* de 26 de Febrero de 1776, comenzó por protestar contra él, por boca del Abogado general, Seguier, fiel intérprete de los sentimientos que animaban á los Procuradores (1). Acaso

(1) Merecen ser conocidos los términos de esta oración parlamentaria, que es una acabada defensa del régimen que Turgot se proponía derocar. «Este género de libertad, decía Seguier refiriéndose á la libertad de trabajo, se trocará bien pronto en licencia: consentida, será abrir la puerta á todos los abusos, y el principio de la riqueza se convertirá en un principio de destrucción, en fuente de desorden, en ocasión de fraude y de rapiña, cuyo inevitable efecto será el aniquilamiento de las artes y de los artesanos, del crédito y del comercio. Todos vuestros súbditos, oh Sir, están distribuidos en tantas corporaciones diversas, cuantos son los diversos Estados del reino. El Clero, la Nobleza, las Audiencias, los Tribunales inferiores, los oficiales agregados á estos Tribunales, las Universidades, las Academias, las Compañías de banco, las Compañías de comercio, todo se presenta como una gran cadena, cuyo primer anillo está en manos de V. M., como jefe supremo y administrador soberano de la nación. *La sola idea de destruir una cadena tan*

Digitized by Google

el mismo empeño, la misma tenacidad que puso Turgot en sostener su obra, fué causa inmediata de su caída. Sintiendo muy próxima la desgracia, el ilustre hombre de Estado se apresuró á llevar á la práctica cuanto antes la radical reforma de la organización industrial francesa que comprendía su famoso edicto. Cerró muchas corporaciones en París, liquidó sus créditos y sus deudas, vendió sus bienes muebles é inmuebles y ordenó á los Intendentes provinciales que preparasen el terreno para la total abolición de ellas en los distritos.

Muerto Turgot, era difícil que sus atrevidos propósitos, que habían venido á luchar bravamente contra los *eternos derechos* adquiridos, hubieran podido salvarse íntegros de la ruda cam-

---

preciosa debe causar espanto. Las comunidades de mercaderes y de artesanos forman una parte de este indivisible todo que contribuye á la policía del reino, *pueden considerarse como indispensables*, y por este motivo la ley, oh Sir, ha erigido cuerpos de comunidad, ha creado jurados, ha establecido reglamentos; *porque la independencia es un vicio en la constitución política, y porque el hombre parece siempre dispuesto á abusar de la libertad.* El fin que se promete el autor del Edicto es extender y multiplicar el comercio por la abolición de todos los vínculos, obstáculos y prohibiciones bautizadas con el nombre de régimen reglamentario. Nosotros, Sir, nos atrevémos á hacer á V. M. una *proposición diametralmente opuesta.* Estos vínculos, estos obstáculos, estas prohibiciones han producido *la gloria, la seguridad, la grandeza del comercio francés.* Apenas el espíritu de subordinación se pierda, germinará en todos los corazones el amor á la independencia. *Cada operario querrá trabajar por su cuenta:* los maestros abandonarán sus talleres y sus almacenes; la falta de trabajo y la miseria, que serán su natural consecuencia, harán que se amotinen los obreros, y la multitud se abandone á los mayores desórdenes. No hay institución, compañía, cuerpo que no haya cometido abusos. Si su disolución fuera el único remedio, nada debe librarse de esta pena; *el edificio mismo de la Constitución política debiera, acaso, ser reconstruído en todas sus partes...* Dar á todos vuestros súbditos indistintamente la facultad de tener taller ó de abrir tienda, *es violar la propiedad de los maestros agremiados.* La maestranza es, en efecto, una propiedad real por ellos comprada, y de la cual gozan bajo la garantía de la ley, y la perderán desde el momento en que deban compartir el mismo privilegio con cuantos quieran emprender el mismo tráfico sin haber adquirido el derecho con el sacrificio de una parte de su patrimonio y de su fortuna, que ha pasado de sus manos al Tesoro real.»

Digitized by Google

paña que contra ellos abrieron, no solamente los que sentían al vivo la lesión que sufrían sus intereses, sino la numerosísima falange de los *laudatores temporis acti*, para los cuales todo lo pasado es siempre lo mejor; sin embargo, el impulso estaba dado, y eran muy adecuadas las leyes á las necesidades de la época para que no quedaran en pie bastantes de sus disposiciones, y sobre todo su espíritu, que se mantuvo latente hasta que favoreció su completa eclosión el grandioso acontecimiento que, al cerrar el siglo XVIII, influye en la historia de la humanidad, hasta el punto de constituir una de sus más transcendentales determinaciones. Clugny, sucesor de Turgot, revocó el edicto; pero no restableció los gremios que por él fueron abolidos; antes al contrario, en este punto continuó la reforma liberal, el edicto de 23 de Agosto de 1776. De 121 corporaciones de artes que existían en París, declaró libres 21 y de las 100 restantes (44 de oficios y seis de comercio), únicamente 50 conservaron su carácter general. Las condiciones de admisión para el aprendizaje y la maestranza eran menos gravosas; permitióse á las mujeres y á los forasteros ejercer oficios por su propia cuenta; se autorizó la simultaneidad de profesiones manuales con licencia del Procurador y previo el ingreso en las corporaciones respectivas; la policía fué reorganizada de un modo más racional, y las tasas que debían pagar los que aspiraban al grado de maestros se redujeron bastante.

Como muchas de las corporaciones recientemente establecidas no habían adoptado el reglamento que, según la ley, era obligatorio, el Gobierno promulgó el general de 1.º de Mayo de 1782, que rigió para la mayor parte de ellas hasta la Revolución. Todavía después se dieron algunos pasos por el camino de las reformas liberales que prepararon paso á la política industrial revolucionaria; Necker modificó los reglamentos en sentido liberal, y el edicto de 5 de Mayo de 1779 acentuó mucho más estos propósitos.

***

Digitized by Google

Cayeron de raíz los privilegios que caracterizaban el antiguo régimen en la histórica noche del 4 de Agosto de 1789, cosa ya profetizada por el Abogado general, Seguier, en el *lit de justice* de Marzo de 1776, cuando decía protestando contra el edicto de Turgot, que si la abolición de los gremios estuviera justificada por el abuso de ciertos exclusivismos, «hasta el mismo edificio de la Constitución política llegaría á ser reconstruído en todas sus partes», y esto es claro como la luz del día; porque el privilegio lleva en todas partes donde aparece idéntico vicio de origen, el ser un atentado contra el derecho. Por eso dice muy bien el historiador Mignet, que en aquella memorable sesión del Parlamento francés «cambió la faz del reino; todos los franceses fueron iguales; todos pudieron aspirar á los empleos, tener propiedad y ejercer la industria.» Sin embargo, aunque todo el mundo comprendió que desde entonces habían concluído los gremios, las corporaciones cerradas, el privilegio y el exclusivismo de los maestros, el monopolio de los mercaderes oficiales; aun cuando *estaba en la atmósfera* (1) la abolición total de

(1) Buena prueba de ello la tenemos en los siguientes documentos parlamentarios. El 13 de Julio de 1789, Lafayette, iniciador de la idea de una declaración de los derechos del hombre, presenta un proyecto en el que se lee: «Todo hombre nace con derechos inalienables é imprescriptibles; tales son: la libertad de sus opiniones; el cuidado de su honor y de su vida; el derecho de propiedad; la *disposición completa* de su persona, de su *industria*, de todas sus facultades...: El ejercicio de los derechos naturales no tiene otros límites que los que aseguran el goce de aquéllos á los demás miembros de la sociedad.»

El 20 y 21 de Julio, Sieyes lee al Comité de Constitución la *Exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano*, y en ella consigna: «que la propiedad de su persona es el primero de los derechos, y que de este derecho primitivo procede la propiedad de las *acciones* y la del *trabajo;* porque el trabajo no es más que la aplicación útil de sus facultades, y emana evidentemente de la propiedad de la persona y de las acciones». En consonancia con esta doctrina, se lee en el art. 4.°: «Todo hombre es libre en el ejercicio de sus facultades personales, con la única condición de no perjudicar los derechos de otro»; y el 6.° aun es más explícito: «Todo ciudadano es libre de *emplear sus brazos, su industria y sus capitales* en lo que juzgue bueno y útil. Ningún género *de trabajo le está* prohibido. Puede fabricar y producir lo que le plazca;

Digitized by Google

las corporaciones de oficios, el estado de derecho no había variado; los gremios continuaban existiendo legalmente y en algunas ingresaron todavía socios, y fué necesario una derogación expresa de la antigua reglamentación, que se consignó en la ley de 2-17 de Marzo de 1791 que pronuncia definitivamente la supresión de todos los *derechos de ayuda, oficios, brevets y cartas de maestranza, privilegios de profesión, bajo cualquiera denominación que sea,* si bien sujeta el ejercicio profesional al pago de una patente.

El art. 7.º, sobre todo, tiene un interés histórico de primer orden: según él, «á partir de 1.º de Abril próximo, toda persona

---

puede guardar ó transportar á su antojo toda clase de mercancías y venderlas al por mayor ó al por menor. En sus diversas ocupaciones, ningún particular, *ninguna asociación* tiene el derecho de vejarle, ni con mayor razón, de impedírsela. Tan sólo la ley puede marcar los límites de esta libertad como de cualquiera otra.»

El Comité de los Cinco, encargado, según la frase de Mirabeau, de fundir los 20 proyectos de «Declaración de derechos para extraer lo que sea útil á la masa general del pueblo, *preparado para la libertad por la impresión de los hechos y no por los razonamientos*», propone un artículo así concebido: «Todo ciudadano tiene derecho de adquirir, de poseer, *de fabricar,* de hacer el comercio, de *emplear sus facultades y su industria* y de disponer, como le acomode, de sus propiedades. *Sólo la ley* puede modificar el ejercicio de esta libertad en aras del interés general.»

La proposición de Boislandry es todavía más expresiva. «Art. 11. Todo ciudadano es... libre para emplear su industria y sus capitales como crea más conveniente para sus intereses. No le está prohibido ningún género de trabajo; puede fabricar, comprar, vender lo que quiera y como quiera. Art. 12. Los privilegios exclusivos son contrarios á la libertad y á los derechos de todos los ciudadanos, son perjudiciales al interés general de la sociedad. *Los jurados y las maestranzas (jurandes et maîtrises) son privilegios exclusivos y deben ser abolidos.*»

Estos precedentes explican completamente el sentido del art. 4.º de la *Declaración de derechos*, decretada definitivamente del 20 al 26 de Agosto de 1789. «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique á otro: el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran á los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley.»

Digitized by Google

tendrá libertad para dedicarse al negocio ó ejercer la profesión, arte ú oficio que considere conveniente; pero estará obligada á proveerse de una patente y de conformarse con los reglamentos de policía existentes ó que se promulguen en lo sucesivo». Exceptúanse del pago de la licencia, los aprendices, compañeros y obreros que trabajen á jornal en los talleres de fabricantes provistos de patentes. Por supuesto, que la imposición de una tasa suscitó vivas protestas en el seno de la Constituyente de parte de los que deseaban que la ruptura con los añejos usos fuera completa. Entre ellas, debe notarse por la franqueza con que está expuesta y por el sentido socialista que le inspira, la del diputado Begouen, que decía en su discurso: «Los ministros de Enrique III han puesto en boca de este Príncipe, en un edicto, que el derecho de trabajar era un derecho repulsivo; yo me inclino á creer que el Comité está de acuerdo con estos ministros, y sin embargo, os diré que la facultad de trabajar es uno de los derechos del hombre más sagrado y esencial. Yo no comprendo cómo después de esto se atreven á proponernos que impongamos contribución por el uso de la facultad de trabajar. De haber patentes, deberían pagarlas los ociosos, de ningún modo los trabajadores.»

Quedaba todavía un temor á los legisladores de la Constituyente, y era que, á pesar de la claridad del texto de la ley de que acabamos de hablar, la fuerza del hábito de tantos años, contra el que se había estrellado la vigorosa iniciativa de un Turgot, puesto que su gran reforma había prevalecido no más el tiempo que tardó en caer en desgracia su autor, encontraba argucias para burlar el precepto expreso legislativo.—Por otra parte, apasionados entusiastas de la libertad dominando en todas las esferas, pusieron todos sus empeños en que no fuera una excepción de este principio de la vida humana el orden económico, introduciendo en el contrato de trabajo la más amplia libertad del lado del patrono como del lado del obrero. Preocupábanse, pues, en gran manera, de colocar al uno y al otro en condiciones de producir el consorcio de voluntades, sin

Digitized by Google

que nadie pudiera influir para alterar la independencia de juicio, consecuencia necesaria de la *propiedad* que tiene toda persona de sí misma, que deja de ser dueña de sus actos en cuanto otra se apodera, por decirlo así, de sus resoluciones, sustituyéndose á su yo. De aquí concluyeron ellos en la necesidad de que el contrato de trabajo fuera necesariamente individual, es decir, entre *un empleador y un empleado*, entre *un* capitalista y *un* obrero; porque de este modo el convenio se verifica en condiciones iguales y en condiciones de libertad; mientras que de realizarse entre asociaciones de obreros ó corporaciones de patronos, no podrían menos de constituirse unos y otras para ejercer presión sobre la voluntad del patrono ó del operario, y dar al traste con la igualdad, con la libertad, con la independencia, con la propiedad de las personas que intervienen como contratantes en el pacto de arrendamiento de obras y servicios. Por eso veía Rœderer que las ideas que inspiraban á la Constituyente al rechazar á las corporaciones, eran un «peligro político en lo que tienden á dividir á los ciudadanos, oponiéndolos unos á otros por intereses particulares, y un inconveniente económico, porque tienden á disminuir el salario de los obreros».

Ambos racionales motivos determinaron á los legisladores revolucionarios á estatuir sobre el derecho de asociación en el decreto-ley de 14-17 de Junio de 1791, que es seguramente una de las medidas más vivamente reprochadas en nuestros días á la Revolución francesa.

En el art. 1.° se recuerda que siendo la abolición de toda especie de corporaciones de ciudadanos del mismo estado y profesión, una de las bases fundamentales de la Constitución francesa, está terminantemente prohibido su restablecimiento bajo cualquier pretexto ó forma que sea. En el art. 2.° se prohibe á los empresarios, á los comerciantes, á los obreros, nombrar presidentes, secretarios, síndicos, tener registros, tomar acuerdos, ni reunirse para deliberar ó formar reglamentos en cuanto á la defensa de sus *pretendidos* intereses comunes. El art. 3.° establece que las corporaciones administrativas ó mu-

Digitized by Google

nicipales se nieguen á recibir toda petición de un *estado ó profesión determinados*, determinando que se consideren nulas las deliberaciones á que pudieran dar lugar. En el art. 4.° se previene que *si contra los principios de la libertad y de la Constitución*, las personas dedicadas á las mismas profesiones, artes ú oficios discutieran ó convinieran en rehusar *de concierto*, ó no conceder más que en virtud de un precio dado, la ayuda de su industria ó de sus trabajos, las deliberaciones ó convenciones, acompañadas ó no de juramento, se declaraban inconstitucionales, atentatorias á la libertad y á la *declaración de derechos del hombre* y nulas en consecuencia; añade el texto, «que los autores, jefes é instigadores, serán citados ante el Tribunal de policía, á instancia del Procurador (síndico) de la *Comune*, condenados cada uno en la multa de 500 libras y suspendidos durante un año de *todo derecho activo del ciudadano* y de la entrada en las asambleas primarias». El art. 5.° determina que no puedan ser admitidos en las obras á cargo de las corporaciones administrativas y municipales los empresarios ú obreros que provocaran ó firmaran las deliberaciones ó convenciones aludidas en el artículo anterior, á no ser en el caso en que por su propia voluntad se retractaran ante el Tribunal de policía. Por último, en el art. 8.° se decide que toda reunión de artesanos, obreros, compañeros ó jornaleros, con el fin de atentar contra el libre ejercicio de la industria y del trabajo, será considerada como sediciosa, disuelta por la fuerza pública, previas las intimaciones legales, y castigados los que las compusieran con todo el rigor de la ley; sobre todo los que hubieran procedido á vías de hecho ó cometido actos de violencia.

Diez días después de expedido el anterior decreto, que tan profundamente vino á reformar toda la política industrial anterior, la misma Constituyente, movida, en verdad, por razones de interés público, vino en parte á contradecir radicalmente la doctrina legal estatuída. En efecto, en 26 de Julio de 1791 se estableció, aun cuando sólo con relación á la *industria papelera*, la obligación para los patronos y los obreros de no aban-

Digitized by Google

donarse mutuamente, sin previo aviso, con seis semanas de antelación, bajo la pena de 100 libras de multa para los segundos y de indemnización de perjuicios para los primeros; con lo cual se advierte, no sólo una lesión manifiesta al principio de la libertad de contratación según la entendían los *revolucionarios*, y una desigualdad irritante en la sanción impuesta.

Durante el calamitoso período de la Convención en materia de legislación industrial, se reafirmaron las doctrinas de la Constituyente.

Podemos encontrar la prueba en el decreto de 14 de Enero de 1794 (24 Nivoso año II), en cuyo artículo 2.º se consigna que las *coaliciones* de obreros de las manufacturas, por escrito ó por medio de emisarios, para provocar la cesación del trabajo, serán consideradas como *atentados á la tranquilidad que debe reinar en los talleres*. Según se lee en el dictamen del Presidente de la Comisión, Mr. Thibault, entonces, como ahora, era frecuente la imposición de fuertes multas al *camarada* que se oponía á entrar en la coalición concertada ó á poner en *entredicho* al empresario que no se hubiera conformado con las pretensiones de los operarios, valiéndose de los medios más violentos para que ninguno de ellos se prestara á ayudarle en sus labores. Este ha sido el motivo de que el art. 6.º del citado decreto prescribiera que las multas que los obreros se imponían fueran calificadas y penadas como *hurto*, y que las prescripciones y prohibiciones conocidas con el nombre de *condenas*, tengan la calificación legal de *atentados á la propiedad de los empresarios*, los cuales estarán obligados á denunciar al agente nacional del distrito á los autores ó instigadores de este *delito*, que serán inmediatamente arrestados. Al lado de estas prevenciones se establece otra que tendía indudablemente á que desapareciesen las *castas cerradas* de obreros de una industria determinada, puesto que en el art. 9.º se lee: «se invita (á los fabricantes) á formar un cuerpo de alumnos ó aprendices, que serán reclutados indistintamente entre los hijos de todos los

Digitized by Google

ciudadanos; los obreros no podrán bajo ningún pretexto negarse á enseñarles el oficio: los gastos que esto ocasione serán de cuenta de sus padres y en provecho de los operarios, y no podrán exceder de 50 libras al año.»

En la Constitución del año III se reproducían aún con mayor expresión, si cabe, los preceptos de la declaración de derechos en cuanto á la libertad de trabajo (1).

El Directorio muestra desde el principio una viva solicitud por el progreso de la industria. El art. 298 de la Constitución lo atestigua, creando un Instituto nacional, encargado de recoger los descubrimientos, de perfeccionar las artes y las ciencias. El 16 Frimario, año IV (7 de Diciembre de 1795), dicta medidas para prevenir que los obreros deserten de ciertas industrias. El 11 Floreal del mismo año (20 de Abril), expide un decreto inspirado en altos sentimientos de filantropía, invitando al Instituto Nacional á que estudie el establecimiento de oficios en donde puedan trabajar los obreros privados del uso de uno ó más miembros, imposibilitados para dedicarse á los ordinarios. El 16 Prarial, año IV (4 de Junio de 1796), el Directorio autoriza la concesión de seis millones de francos que han de ser empleados en la reconstrucción de las fábricas del

(1) «Art. 351. No haya ni privilegio, ni jurados, ni maestranzas, ni limitación de la libertad... de comercio y del ejercicio de la industria y de las artes de cualquiera especie. Toda ley prohibitiva en esta materia, cuando *las circunstancias la hagan necesaria*, es esencialmente *provisional* y no tendrá efectos más que durante un año, á no ser que fuera formalmente prorrogada.

»Art. 355. La ley se refiere especialmente á las profesiones que interesan á las costumbres públicas, á la seguridad y á la salud de los ciudadanos; pero no se podrá hacer depender la admisión al ejercicio de estas profesiones de ninguna prestación pecuniaria.

»Art. 357. La ley debe proveer á la recompensa de los inventores ó al mantenimiento de la propiedad exclusiva de sus descubrimientos ó de sus producciones.

»Art. 358. La Constitución garantiza la inviolabilidad de todas las propiedades ó la justa indemnización de aquellas cuyo sacrificio exija la necesidad pública legalmente comprobada.»

Digitized by Google

Cholet, destruídas á consecuencia de la guerra civil que ensangrentó el departamento de La Vendèe; organiza exposiciones públicas anuales de productos de la industria francesa y precisamente en la inauguración de la primera, que se celebró el 10 Vendimiario, año VII (22 de Septiembre de 1798), el Ministro del Interior, Francisco de Neufcheteau, se lamenta de que duren todavía los efectos de las reglamentaciones desastrosas, de las corporaciones privilegiadas y de las trabas fiscales.

Nada de extraño tienen estos auxilios que el Gobierno concede á la industria, ni el entusiasmo con que los protege en tiempos en que rige una Constitución en cuyo art. 16 se exige á los jóvenes que pretenden inscribirse en el registro cívico que demuestren saber leer y escribir y *ejercer una industria mercantil*. El 16 Fructidor del año IV (2 de Septiembre de 1796) publica el Directorio un decreto, que contiene el Reglamento de la policía de la industria papelera que, siendo interesante en todo su contenido, lo es muy especialmente en sus arts. 15, 16 y 17, en los cuales se ocupa de las condiciones esenciales del *contrato de trabajo* con un criterio bastante parecido al que preside hoy en esta materia en los pueblos más adelantados.

El art. 15 establece que en caso de dificultad y para asegurar el derecho de los obreros á su justo salario, se formará una tarifa de éstos, en presencia de la administración municipal de cada común ó del oficio central, cuando haya de referirse á varias municipalidades, por los maestros fabricantes y por delegados de los operarios, cuya tarifa regirá mientras no sea reemplazada por una nueva. Estas comisiones no podrán exceder de treinta personas.

El art. 16 contiene la doctrina legal de que no habían de prevalecer contra el sistema de fijación de salarios establecido en el anterior, usos emanados del espíritu corporativo.

En el art. 17 se ordena que los obreros ejecuten su trabajo la mitad antes y la otra mitad después del mediodía, sin que puedan forzarlo ni abandonarlo durante el día, á no ser con

Digitized by Google

permiso expreso del fabricante, bajo la pena de 3 libras de multa, pagaderas en servicios, y aplicables en provecho de los pobres del hospital más próximo al lugar donde se haya cometido la falta.

Por el art. 18 se prohibe á los obreros que comiencen sus labores, tanto en invierno como en verano, antes de las tres de la madrugada y á los fabricantes que los admitan antes de esa hora, ni que exijan de ellos tareas extraordinarias, conminando á los contraventores patronos, con la multa de 50 libras y á los obreros con la de tres.

El período revolucionario que tan gallarda muestra da, no sólo de garantizar la libertad de la industria, sí que también de estima y consideración al artesano, cierra brillantemente su ciclo con el *Proyecto de ley relativo á los obreros de todas las profesiones*, que aparece en Fructidor del año IX; trabajo legislativo, tan notable como poco conocido, debido, según todos los indicios, como la magistral exposición de motivos que le precede, á Luis Costaz.

Está dividido en seis títulos, cuyos epígrafes son:

«De las obligaciones recíprocas de los aprendices ó alumnos y de sus maestros ó instructores.»

«De las obligaciones de los obreros y de los que los emplean.»

«De las maniobras concertadas para cambiar la tasa de los salarios.»

«De las infidelidades y abusos de confianza.»

«De la marca de los objetos fabricados.»

«Disposiciones generales.»

Consta de sesenta y tres artículos y en él se regulan las condiciones del contrato de aprendizaje, ó sean sus modos de constitución y de resolución; los derechos y deberes respectivos de maestros y educandos, sin hacer variaciones transcendentales en el régimen dominante. Garantiza y reconoce las convenciones particulares entre los trabajadores y los patronos; fija la indemnización que deben pagarse recíprocamente

Digitized by Google

los unos y los otros cuando sin causa justificada rompen el contrato; consigna el derecho que tienen los empresarios á determinar por medio de reglamentos, examinados y aprobados por el juez de paz, la naturaleza y condiciones de las tareas que se han de realizar; establece la necesidad de un cese por escrito al terminar la obra, así como la de que todo trabajador haya de estar provisto de una libreta, en donde consten con la filiación del poseedor los *ceses* sucesivos, que no pueden ser retenidos por el patrón, sino en el caso de que habiendo recibido cantidades anticipadas á cuenta del salario, no las haya devuelto el obrero.

La huelga colectiva y combinada en el trabajo ó las interdicciones pronunciadas contra ciertos talleres, son consideradas como atentados contra la propiedad y el libre ejercicio de la industria, y castigados sus autores é instigadores con la pena de 10 francos de multa y un mes de destierro, que se elevan en caso de reincidencia á 100 francos y seis meses respectivamente; á su vez se prohibe en el citado proyecto á los manufactureros, fabricantes y empresarios, y en general á cuantos tienen necesidad de emplear gentes en un trabajo determinado, concertarse por convenios verbales ó escritos encaminados á rebajar los salarios, é impone á los contraventores la multa de 1.000 francos. Ya en esta parte penal el documento legislativo que extractamos define y castiga los delitos de infidelidad ó sustitución en el empleo de las materias primeras que recibe el obrero para ejecutar sus trabajos sobre ellas precisamente, así como el hurto de éstas, de máquinas ó aparatos y de herramientas, considerando como encubridores á los fabricantes ó comerciantes que los compren al autor del hurto. Por último, en las disposiciones generales se consignan preceptos tan importantes como los de la absoluta libertad profesional, sin excepción de nacionalidad y sin que sea preciso para dedicarse al oficio que se elija el haber realizado el aprendizaje del ó de los que se proponga ejercer, y califica de perturbadores del orden público á los que emplearen amenaza ó violencia

Digitized by Google

para impedir que las personas practiquen el acto que tengan por conveniente.

Es notable también en este último capítulo el art. 62, que dispone la constitución en las ciudades en donde el Gobierno las juzgue convenientes, de oficinas ó centros de información, á los que puedan dirigirse los empresarios y los obreros para ofrecer ó buscar colocación.

(Continuará.)

ADOLFO A. BUYLLA Y G. ALEGRE,
Profesor de la Universidad de Oviedo

Digitized by Google

MEJORAS

(Continuación.) *

SEGUNDO CASO.—Disposición de bienes por testamento.

«Art. 828. La manda ó legado hecho por el testador á uno de los hijos ó descendientes, no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad ó cuando no quepa en la parte libre.»

Se trata aquí de toda clase de descendientes, sean ó no herederos forzosos, porque cuando éstos existen, y no pueden menos de existir habiendo descendientes, esas mandas ó legados han de pagarse con la parte de bienes de libre disposición, á menos de no constituir un gravamen sobre la mejora, en el caso en que esto se permite según el art. 824.

Si el testador lega algo á sus descendientes sin expresar que se entiendan mejorados, la regla general es la misma que en el caso anterior; pero la excepción está tan enlazada á la regla que hay que estudiarla con ella.

Si lo legado excede del tercio libre, aunque el testador no lo exprese, se entiende que quiso mejorar en el exceso. Queda por consiguiente un caso de mejora tácita, á pesar del deseo contrario del legislador. Pero este caso está bien justificado: natural es presumir que esa fué la voluntad del testador, cuando en su testamento dispuso en favor de un descendiente de más bienes de los que formaban el tercio de libre disposición. Esta presunción existe del mismo modo aunque el testamento con-

* Véase la pág. 259 de este tomo.

Digitized by Google

tenga otros legados que absorban ese tercio. Si el tercio libre lo reparte el testador en legados á extraños, y después aun lega algo á un descendiente, hay que presumir que quiso mejorarle, porque ese legado ya no cabe en la porción libre.

Pero si el testador reparte más de los dos tercios del caudal, se sacará ante todo la legítima corta, se adjudicará al descendiente legatario el tercio de mejora ó la parte necesaria de ese tercio si su legado es menor, y si fuese mayor y excede aún del tercio de mejora, el descendiente debe ser considerado en el exceso como extraño, y reducirse todas las mandas, incluso la suya, porque igual respeto merecen en cuanto al tercio libre las demás, y el testador no pudo disponer más que de una tercera parte con libertad, y de otra en favor de alguno ó algunos de sus descendientes. (Véase el art. 891.)

El art. 782, que fué examinado al tratar de las personas que podían ser mejoradas, puede dar lugar á otro caso de mejora tácita.

FORMA DE HACER LAS MEJORAS

Ya queda expuesto que las mejoras se pueden hacer por testamento y por contrato (artículos 827 y 828), que han de ser siempre expresas, á menos de que haciéndose un legado á un descendiente, no quepa en la porción libre (artículos 825 y 828), y que unas veces se dejan directamente y otras imponiéndolas como gravamen á algún coheredero (art. 782).

También pueden ser puras, condicionales ó á término, pues que con esto no se perjudican las legítimas, y hasta que llegue el día, ó cuando el plazo espire, hasta que la condición se cumpla, ó cuando deje de cumplirse, según que sean suspensivas ó resolutorias, los demás hijos ó descendientes disfrutarán del tercio de mejora que siempre queda en ellos.

Las mejoras pueden señalarse en cosa determinada ó sin determinación de bienes, según los artículos 829 y 832, que examinaré después.

Además, pueden consistir en bienes libres ó gravados, y en

Digitized by Google

ambos casos imponerse ó no, por el testador ó por la ley, determinado gravamen, ya en favor de los legitimarios ó sus descendientes (art. 824), ya en favor del cónyuge viudo por su cuota usufructuaria (artículos 813 y 835).

Por último, además de la mejora real y efectiva, conserva la ley en su art. 826 las promesas de mejorar y no mejorar, las cuales sólo pueden hacerse válidamente por escritura pública en capitulaciones matrimoniales. Lo de escritura pública parece que sobra en el artículo, pues el art. 1321 exige que las capitulaciones se hagan constar en esa forma; pero como por una parte el art. 1324 consiente que se otorguen ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos, siempre que no haya Notario en el pueblo, y los bienes aportados por los cónyuges no sean inmuebles ni excedan de 2.500 pesetas, y como por otra, aunque la ley exija la escritura, es dudoso que dejen de ser válidas aunque tal requisito no se cumpla, dado el contenido del art. 1279, no está de más, antes al contrario, era preciso que el art. 826 consignase que las promesas de mejorar y no mejorar sólo serían válidas constando en capitulaciones matrimoniales otorgadas por escritura pública. Adviértase que la única forma admisible para que las promesas de mejorar y no mejorar sean válidas, es la expresada, y por consiguiente que serán nulas en cualquiera otra; limitación tal vez exagerada, pero conveniente.

Dejando aparte la forma de hacer testamento y de celebrar contratos, la naturaleza y clases de las condiciones, y otras teorías generales que no deben ser incluídas en este estudio, me ocuparé solamente de los artículos 824 y 835, expresivos de los gravámenes que pueden imponerse sobre las mejoras.

«No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios ó sus descendientes», dice el art. 824.

La mejora es el tercio de los bienes; pero sólo admite esos gravámenes en cuanto exista, es decir, que si no hay mejora, ese tercio no puede ser gravado más que con sustitución fidei-

Digitized by Google

comisaria á favor de los descendientes, según el art. 782, ó con el usufructo á favor del viudo, según los artículos 813 y 835.

Los gravámenes á que se refiere el art. 824 son todos los que pueden imponerse sobre los bienes, porque la ley no distingue, pero han de ser gravámenes.

El artículo trata, sin embargo, de limitar esas imposiciones, mas para ello sólo se fija en las personas á cuyo favor pueden establecerse. Estas han de ser los legitimarios ó sus descendientes.

Téngase presente que, según el art. 808, constituye la legítima de los descendientes las dos terceras partes del haber hereditario, y que una de estas terceras partes puede destinarse á mejora por los ascendientes, pero que ha de recaer en alguno ó algunos de dichos descendientes con precisión.

Ahora bien: ¿quiénes son los legitimarios? Legitimarios son todos los que tienen derecho á legítima. Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley á determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos (art. 806). Luego legitimarios son, según este artículo, los herederos forzosos, pues aunque en la sección de legítimas sólo se ocupa el Código de descendientes y de ascendientes, y á los derechos del viudo, hijos naturales, etc., que se contienen en otras secciones, no les llama nunca legítima, como ese derecho recae sobre una porción de bienes que reserva la ley á esas personas, no puede menos de considerarse tal porción como legítima, y como legitimarios los que tienen derecho á ella.

Son, pues, legitimarios todos los herederos forzosos, y son herederos forzozos, según el art. 807:

«1.° Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos.

»2.° A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos, respecto de sus hijos y descendientes legítimos.

»3.° El viudo ó viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre ó madre de éstos en la forma y medida que

Digitized by Google

establecen los artículos 834, 835, 836, 837, 840, 841, 842 y 846.»

Los legitimarios y sus descendientes, dice el art. 824. Se entiende los descendientes de los legitimarios. Respecto á los ascendientes, pueden ser hermanos y sobrinos del mejorante; respecto al viudo ó viuda, pueden ser hijos de otros matrimonios posteriores, personas extrañas al testador, etc.

A favor de todas estas personas puede imponerse gravamen sobre la mejora, según el contexto literal del art. 824. Pero por lo mismo que esa interpretación conduce á un absurdo, porque no es de suponer nunca que el legislador quisiera que ese tercio de mejora pudiera ir á parar á manos de extraños, debe rechazarse semejante interpretación.

Tratando el art. 824 de restringir y limitar los gravámenes que pudieran afectar á la mejora, no es natural que los ampliase, y ocupándose, como todos los de su sección, de derechos de los hijos y descendientes, únicas personas á las cuales puede ser aplicado ese tercio, según claramente expresan los artículos 808 y 823, tal vez el legislador empleó la palabra legitimarios sólo con relación á esos hijos y descendientes que tuviesen derecho á legítima, no pensando que pudiera dársele toda la extensión que parecía tener, y con ello una interpretación diferente.

De todos modos, como entendiéndose aplicable el art. 824 á toda clase de legitimarios, se destruiría indirectamente lo dispuesto en los artículos 808 y 823, necesario sería explicar esta contradicción ó resolverla de algún modo, y siempre se daría la preferencia á éstos, como más conformes con la voluntad del legislador y con el espíritu que en el Código domina.

Pero no hay necesidad de violentar tanto las palabras del artículo 824. Limitémonos á interpretarle en sentido restrictivo. Pueden imponerse gravámenes á favor de los legitimarios y sus descendientes. La ley no dice que á favor de todas las personas que puedan llegar á tener derecho á legítima, sino sólo á favor de las que realmente tengan ese derecho en

Digitized by Google

la herencia del mejorante; no se trata de los que tienen opción á ese beneficio en abstracto y con arreglo á la ley, sino de los que pueden alegarle en el caso concreto ó en la herencia determinada de que se trate.

Muerto el mejorante con descendientes (1), los legitimarios son el viudo, los descendientes legítimos y los descendientes naturales reconocidos. Quedan ya excluídos los ascendientes, y el padre ó madre natural, porque éstos no son legitimarios sino *á falta* de los descendientes. El tiempo á que debe atenderse para saber quiénes son los legitimarios ó sus descendientes á cuyo favor pueden imponerse gravámenes sobre la mejora, es el de la muerte del mejorante.

Los descendientes no son los que pueda haber, sino los que existen ya en la época referida, porque para establecer un derecho á favor de alguien, se exige que haya nacido ó al menos que esté concebido. Los descendientes del viudo ó viuda han de ser, pues, los del mismo mejorante, y si posteriormente contrae nuevo matrimonio y tiene sucesión, estos sucesores que no existían al tiempo de morir el mejorante, no son los descendientes de los legitimarios á que se refiere el art. 824, y quedan también excluídos de su disposición.

A favor de los descendientes legítimos es justo y natural. A favor del viudo, constaba por lo menos el gravamen de usufructo en los artículos 813 y 835. A favor de los hijos naturales reconocidos, en los pocos casos en que concurran con hijos legítimos, es una extensión peligrosa, que puede producir como efecto el que esos descendientes naturales sean los que en realidad disfruten el tercio de mejora. Esta consecuencia no es posible evitarla, ya que aun habiendo descendientes legíti-

1) Cuando hay mejora, parece natural que haya varios descendientes, pues mejorar quiere decir hacer á un hijo ó descendiente de mejor condición que á otros, y no es de presumir que exista cuando los dos tercios de legítima deben recaer forzosamente en uno solo. Como, por otra parte, el art. 824 supone la existencia de la mejora, debe deducirse que nunca serán legitimarios los ascendientes.

Digitized by Google

mos, se consideran legitimarios ó herederos forzosos, aunque en pequeña parte, los descendientes naturales legalmente reconocidos.

La ley 27 de Toro permitía imponer gravámenes, condiciones, etc., aun á favor de extraños; pero siempre á falta de parientes, y entre éstos, solamente á favor de los más próximos.

Tambien la palabra gravamen debe entenderse en su sentido más limitado. Gravamen, en general, es una carga, impuesto ú obligación que pesa sobre alguna persona ó cosa. Aquí el gravamen afecta una naturaleza real; ha de pesar sobre la porción destinada á mejora; pero no se entenderá tal toda obligación ó condición de las que pudieran imponerse al mejorado, sino tan sólo las cargas, los derechos reales que limiten el ejercicio de las facultades del mismo como dueño que pasa á ser de los bienes. Un censo, una pensión, un usufructo, una hipoteca, serán gravámenes, comprendidos en el art. 824; la sustitución fideicomisaria, sólo admisible en favor de los descendientes según el art. 782, la condición de entregar esos bienes á otro legitimario, la obligación de venderlos para repartir su importe, y otros actos análogos, deben, según esta interpretación, hallarse excluídos de la consideración de gravámenes, y no ser permitidos, todo lo cual se evitaría permitiendo su imposición solamente á favor de otros hijos ó descendientes.

Estos gravámenes son establecidos por la voluntad del mejorante. Hay otros impuestos por la ley. De estos tenemos ejemplo en el citado artículo 782, y en los 813, 834 y 835 del Código civil.

En armonía con lo preceptuado en los artículos 807 y 813, los 834 y 835 dicen así:

«Art. 834. El viudo ó viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado ó lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho á una cuota en usufructo, igual á la que por legítima corresponda á cada uno de sus hijos ó descendientes no mejorados.

Digitized by Google

»Si no quedare más que un solo hijo ó descendiente, el viudo ó viuda tendrá el usufructo del tercio destinado á mejora, conservando aquél la nuda propiedad hasta que por fallecimiento del cónyuge supérstite se consolide en él el dominio.

»Si estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará el resultado del pleito.

»Si entre los cónyuges divorciados hubiere mediado perdón ó reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.»

«Art. 835. La porción hereditaria asignada en usufructo al cónyuge viudo deberá sacarse de la tercera parte de los bienes destinada á la mejora de los hijos.»

En estos artículos el gravamen se impone, no sobre la mejora, sino sobre el tercio de bienes destinado á ella por la ley, de modo que existe aunque el causante no haya tenido á bien mejorar á ninguno de sus descendientes. Pero si hay mejora, sobre ella pesa el usufructo establecido á favor del viudo. Si sólo queda un hijo, el tercio entero del caudal será usufructuado por el cónyuge sobreviviente. Si quedan varios, la cuota usufructuaria va siendo cada vez menor, y sólo gravará una parte de ese tercio, la parte necesaria á cubrir su cuota, que ha de ser igual á la que corresponda como legítima á los hijos ó descendientes no mejorados; no á todos, sino á cada uno de ellos. Para esto, en el caso de que queden hijos y nietos, creo que ha de entenderse que la cuota debe ser igual á la de los hijos, puesto que en realidad cada grupo de nietos representa la porción de su padre respectivo.

Por último, téngase presente que todos los bienes de la herencia quedan afectos al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo, hasta tanto que se le asignen bienes ó una renta bastante para cubrir ese haber (art. 838), y que el usufructo á favor del viudo no puede imponerse sobre el tercio de mejora cuando quedan hijos de varios matrimonios, pues en este caso, según el art. 839, grava el tercio de libre disposición.

Digitized by Google

El gravamen sobre la mejora á favor del viudo por su cuota usufructuaria, parece obedecer al deseo del legislador de no coartar en absoluto las facultades del dueño para disponer de sus bienes para después de su muerte, dejándole al menor un tercio de libre disposición. Por esto, lo establecido en el artículo 839, que limita aun más la libertad de testar, no me parece muy conveniente. Lo mismo da que los hijos sean de un matrimonio que de dos, que haya cuatro hijos de una sola unión, ó tres de ella, y uno de otra distinta, pues se trata de la sucesión del padre ó madre de todos ellos, y el tercio de mejora no sufre por eso aumento ni disminución, ni pueden perjudicarse los descendientes del primer matrimonio, ni hay razón plausible para que se siga distinto criterio en el caso del art. 835 que en el del 839. El mal y el perjuicio podrá estar en el destino de la mejora, y si ésta se otorga á los hijos del segundo matrimonio, el gravamen de usufructo á favor del viudo servirá en parte de contrapeso á aquel perjuicio. Lo contrario conduce á conceder á estos hijos un privilegio que no tienen los de la primera unión, pues recibirán libre la porción que éstos habían de recibir gravada si concurriesen solos á la herencia. No obstante, hemos oído alabar la disposición del art. 839. Tal vez no haya yo comprendido su verdadero alcance.

EFECTOS DE LAS MEJORAS

(Artículos 829, 832, 833, 827, 818, 826, 766, 912, 761, 857, 924, 925, 1271, etc.)

La primera y grave dificultad que se presenta al examinar los efectos de las mejoras, es la de determinar su naturaleza. Cierto que esta dificultad nace de querer asimilarlas á otras instituciones más conocidas y determinadas, pero los artículos del Código civil sobre mejoras han sido tan parcos en esta materia, que no hay más remedio que buscar fuera de ellos la mayor parte de los efectos que producen.

Cuando las mejoras constan *hechas en testamento*, apenas hay cuestión. Tienen una naturaleza propia, requieren un acto de última voluntad y siguen la suerte de todas las disposiciones

Digitized by Google

mortis causa. Pero aun así cabe la duda de si el mejorado deberá ser considerado como legatario ó como heredero, y no hay base firme para resolverla.

Como porción reservada por la ley á determinados *herederos* (art. 806), siquiera entre ellos pueda el testador destinarla á quien quiera (artículos 808 y 823), creo que la mejora no debe considerarse nunca legado; y por tanto, que el mejorado tiene la condición de heredero. Induce á creerlo así la consideración de que la mejora, como porción de bienes, es una parte de la legítima, y la de que si se estimase como manda ó legado, estaría en manos del testador perjudicar á sus acreedores, reduciendo ó limitando la parte responsable de las obligaciones que existiesen contra él, y no se incluyesen con ó sin malicia en la partición.

Aunque según el art. 660 se llama heredero al que sucede á título universal, y legatario al que sucede á título singular, definiciones sencillas pero incompletas, y por tanto falsas, ha ha de entenderse por título universal el que transmite los derechos y las obligaciones que tenía el difunto (art. 661), y por heredero el que continúa la personalidad jurídica del causante ó testador, siendo legatario el que le sucede en la posesión ó dominio de un objeto ó de una porción determinada de bienes, sin más obligación que la de cumplir las cargas de naturaleza real á que esos bienes estuviesen afectos, ó los gravámenes, condiciones ó limitaciones que voluntariamente quisiera imponerle el testador.

En cuanto á las mejoras *hechas por contrato*, también tienen su naturaleza propia; porque las mejoras en todos sus aspectos podrán tener más ó menos parecido con otras instituciones más ó menos análogas, pero son diferentes de todas ellas.

Las mejoras por contrato se parecen principalmente á las donaciones, y de aquí la disposición del art. 825; y aunque puede ser muy diversa la causa que las motive, no se olvide que también las donaciones pueden ser simples, con causa, y remuneratorias, según se desprende de los arts. 619, 621 y 622.

Digitized by Google

¿Qué diferencia separa las donaciones *intervivos* de las donaciones *mortis causa? Vulgarmente*, éstas frases equivalen á donación en vida y donación para después de la muerte, siendo las primeras aquellas cuyos bienes se entregan en vida al donante, y las segundas las en que esos bienes se entregan después de morir el mismo. *Legalmente*, la donación *intervivos* era, hasta la publicación del Código, la que se hacía en estado de salud sin consideración alguna á la muerte, y la donación *mortis causa* la que el donante hacía estando enfermo en peligro de muerte ó por temor ó consideración á ésta; aquélla se estimaba irrevocable; ésta, supeditada á la condición de morir el donante, y morir antes que el donatario, era esencialmente revocable.

El Código civil parece apartarse de sus precedentes legales y aceptar el sentido vulgar, sin duda más propio y sencillo. Unas donaciones producen sus efectos entre vivos (art. 621), y otras producen sus efectos por muerte del donante (art. 620); aquéllas conservan su antiguo nombre, éstas no tienen en el Código nombre especial.

Ahora bien: ¿cuándo producen sus efectos las mejoras? Si los bienes no se entregan y la mejora es revocable, no produce efectos hasta después de muerto el mejorante. Si se entregan los bienes ó la mejora es irrevocable, producen efectos durante su vida. ¿Qué se deduce de aquí? Que la división de las mejoras no se relaciona de un modo regular con la división de las donaciones. Que hay unas mejoras revocables cuyos efectos son los de las donaciones hechas para después de la muerte, y otras que constituyen verdaderas donaciones entre vivos, pero que siempre tienen una naturaleza especial y propia, porque siempre son revocables por la sola voluntad del mejorante.

En cuanto á las mejoras irrevocables, en los casos que el Código conserva, alguna vez producirán los efectos de las donaciones entre vivos; pero por regla general sólo impropiamente podrán llamarse donaciones, pues siendo su causa onerosa, se rigen por las reglas de los contratos (art. 622), como

Digitized by Google

que puede decirse que constituyen deudas exigibles y están excluídas en el art. 619.

De las consideraciones apuntadas se deduce cuán expuesto es á confusiones querer asimilar la mejora á la donación.

Veamos ahora los efectos que producen ó pueden producir.

La mejora no es más que una porción de bienes destinada por la ley á los descendientes, y repartida con libertad entre ellos por su ascendiente.

La ley les atribuye una naturaleza especial. Medie ó no medie entrega de bienes, todas son colacionables, reducibles y revocables, á menos de constar en capitulaciones matrimoniales ó haber sido hechas por contrato oneroso con un tercero. (Art. 827.)

En los dos últimos casos, las mejoras son, por regla general, irrevocables; pero aun así, siguen distinta suerte, según las circunstancias.

Contratos onerosos con un tercero.—«Contratos á título oneroso son aquellos en los que cada una de las partes obtiene una prestación á cambio de otra que ha de realizar y se reputa equivalente, teniendo ambos contratantes un interés pecuniariamente apreciable.» Tal es la definición que da el Sr. Sánchez Román.

El art. 827 exige que exista un contrato oneroso y que sea celebrado con un tercero. No le basta una de estas circunstancias, sino que, siguiendo á la ley 17 de Toro, considera necesarias las dos. Dicha ley 17 de Toro hablaba, no de contrato, sino de causa onerosa, y tal vez por esto citaba como ejemplo la mejora hecha por vía de casamiento.

Si un ascendiente celebra con un tercero un contrato que no sea oneroso, y como condición se establece y constituye la mejora de un descendiente, esta mejora es revocable. Si el contrato es oneroso, pero no se ha celebrado con un tercero, sino con el mismo descendiente á quien se mejora, tampoco existe la irrevocabilidad. Ambos casos están excluídos ó no comprendidos en la excepción del art. 827.

Digitized by Google

La naturaleza de los contratos onerosos y la existencia de un tercero interesado en la conservación de la mejora, tercero que podría ser perjudicado si la mejora se revocase, son la causa de la excepción. En este caso, hay una deuda exigible por un tercero, porque en los contratos onerosos no siempre la prestación equivalente á lo que se da ó recibe, se establece en favor de los contratantes, y establecida en todo ó en parte en forma de mejora á favor de un descendiente por el mejorante y el tercero que contrató con él, la revocación de esa mejora, de esa equivalente prestación significaría la falta de cumplimiento por uno de los interesados de las condiciones estipuladas ó de las obligaciones que se impuso.

El Código civil no define los contratos onerosos, pero el art. 1274 dice: «En los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación ó promesa de una cosa ó servicio por la otra parte.» Esa prestación ó promesa en el caso de que se trata puede ser la constitución de mejora á favor de un hijo ó descendiente.

La ley 17 de Toro (1.ª, tít. 6.° del libro 10 de la Novísima Recopilación) marcaba los efectos de la mejora hecha por causa onerosa con un tercero: «Mandamos, decía, que el dicho tercio no se pueda revocar, si no reservase el que lo hizo en el mismo contrato el poder para lo revocar, ó por alguna causa que según leyes de nuestros reynos, las donaciones perfectas y con derecho fechas, se pueden revocar.»

A pesar de las palabras terminantes de esta ley, suponía Llamas, fundándose en otros textos legales, que la mejora hecha por contrato oneroso con un tercero no podía revocarse por ingratitud del donatario.

Hoy la ley 17 de Toro está comprendida en la derogación general de la disposición final del Código civil, y por tanto no rige ni aun como supletoria. El Código, poco explícito en cuanto se refiere á los efectos de las mejoras, se contenta con expresar que en el caso que nos ocupa es irrevocable. ¿Interpretaremos esta declaración con el mismo criterio que la ley 17 de Toro?

Digitized by Google

Creo que no puede aceptarse ese criterio en absoluto. El hijo descendiente mejorado por contrato oneroso con un tercero, se subrroga en lugar de este tercero, ocupa su puesto, y la revocación por ingratitud del hijo implicaría la posibilidad de revocarse un contrato oneroso por la ingratitud de uno de los contratantes; esa revocación debiera producir la rescisión del contrato verificado con el tercero, pues de otro modo el mejorante se lucraría, en perjuicio de otro, por una causa independiente de la voluntad del tercero. Ha de suponerse, por el contrario, que el contrato quedó perfecto, firme é irrevocable, y que causas posteriores, ajenas á la voluntad de las partes y no previstas de antemano, no pueden producir su revocación.

Las mejoras hechas por contrato oneroso con un tercero serán, por tanto, revocables por falta de cumplimiento de las condiciones estipuladas, ó por haberse reservado el mejorante en el mismo contrato la facultad de revocarlas; pero no por ingratitud del mejorado ni por superveniencia de hijos.

¿Serán esas mejoras colacionables? ¿Podrán reducirse como inoficiosas? Si no producen estos efectos no serán mejoras. Esta consideración obliga á no extremar las consecuencias que se desprenden de la causa que las motivó. Realmente pueden ser irrevocables, y deber llevarse, sin embargo, á colación.

La ley les da el nombre de mejoras, y necesario es averiguar si caben ó no dentro de sus límites, ya que nunca han de poder exceder del tercio de la herencia. Para saberlo deben ser colacionables. El art. 1035 dice: «El heredero forzoso que concurra con otros que también lo sean á una sucesión, deberá traer á la masa hereditaria los bienes ó valores que hubiere recibido del causante de la herencia en vida de éste por dote, donación ú otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición.»

Aunque el contrato celebrado con el tercero fuere oneroso, para el descendiente la mejora tiene el carácter de bienes recibidos por título lucrativo en vida del causante, y es preciso que el importe de esos bienes entre en la cuenta de la parti-

Digitized by Google

ción. Enhorabuena que para fijar ese valor ó importe se atienda al tiempo en que se hizo la mejora, por analogía con el art. 1045; enhorabuena que se respete en lo posible como motivada por contrato oneroso con un tercero, y que se aplique su importe, primero, á su verdadero objeto como mejora que es, y después, al tercio libre en armonía con el núm. 1.º del art. 820; pero si aun excede, debe reputarse inoficiosa en cuanto al exceso y reducirse, pues de otro modo los herederos forzosos recibirían perjuicio en su ya mermada legítima, cosa que nunca consiente el legislador.

Capitulaciones matrimoniales.—Ya quedó expuesto que en esta forma no pueden hacer mejoras los contrayentes, por lo cual, ó no caben en esta clase de contratos, ó han de ser hechas por sus ascendientes respectivos.

Estas mejoras no siempre tienen el mismo carácter que las anteriores, no siempre representarán un contrato oneroso con un tercero. Si la mejora es condición indispensable del matrimonio, ó si la prestación hecha por una de las partes tiene un equivalente en la prestación de la otra, existen los mismos motivos que en el caso anterior para no considerarla revocable por causa de ingratitud. Pero si en las capitulaciones se otorga voluntariamente la mejora sin causa onerosa, por pura liberalidad de un ascendiente, sin que pueda decirse que queda obligado con un tercero que pueda estar interesado y sufrir perjuicio; entonces, como hecha en capitulaciones matrimoniales, tendrá el carácter de irrevocable, con arreglo al art. 827; pero á pesar de esto podrá revocarse por las mismas causas que las donaciones entre vivos, aunque no por superveniencia de hijos.

En todo caso, estas mejoras deben llevarse á colación, y en su caso reducirse si perjudicasen las legítimas de los demás descendientes.

Revocada la donación *por falta de cumplimiento de las condiciones estipuladas*, si estas condiciones son de las permitidas por la ley, ó por haberse reservado el mejorante la facultad de

Digitized by Google

revocarlas en el mismo contrato celebrado con el tercero, ó en capitulaciones matrimoniales, si el mejorado hubiese enajenado ó gravado los bienes, serán nulas dichas enajenaciones ó gravámenes, en cuanto á los muebles y á los inmuebles no inscritos, porque así lo dispone el art. 647 del Código civil, y en cuanto á los inmuebles ó derechos reales inscritos, porque debe constar en el Registro la causa de la probable revocación, devolviéndose no sólo los bienes, sino también los frutos producidos después de dejar de cumplir la condición.

En cuanto á las mejoras hechas en capitulaciones matrimoniales, en los casos que proceda la revocación *por causa de ingratitud* del mejorado, debe tenerse presente que hay causas de ingratitud, según el art. 648 del Código:

«1.º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra ó los bienes del donante.

»2.º Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar á procedimientos de oficio ó acusación pública, aunque lo pruebe, á menos que el delito se hubiere cometido contra el mismo donatario, su mujer ó los hijos constituídos bajo su autoridad.

»3.º Si le niega indebidamente los alimentos.»

En estos casos, la donación puede revocarse á instancia del donante, y según los artículos 649 al 651, deberán devolverse los bienes, y solamente los frutos desde la interposición de la demanda. Pero si esos bienes hubieran sido enajenados ó gravados, quedarán firmes las enajenaciones y gravámenes, devolviéndose su valor ó el importe de las cargas, en cuanto no puedan reclamarse á los terceros interesados.

La superveniencia de hijos no es en las mejoras causa de revocación, porque el art. 644 del Código sólo se refiere á las donaciones hechas por personas que no tengan hijos ni descendientes legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, y las mejoras se hacen con precisión á hijos ó descendientes. Es indiferente que después de hechas las mejoras sobrevengan nuevos hijos. En todo caso, el ascendiente podía suponerlo, la

Digitized by Google

legítima ha de comprender la tercera parte de los bienes del causante, ó los dos tercios, según los casos; si aumentan los hijos, disminuirá la porción correspondiente á cada uno de ellos por legítima, pero su aumento no influye en las mejoras.

También pueden tener que reducirse por inoficiosas, y los efectos de esta reducción serán análogos á los de la revocación por ingratitud, si los bienes hubiesen sido ya enajenados ó gravados eu favor de un tercero.

Sobre este particular véanse lo que dispone el Código:

«Art. 654. Las donaciones que, con arreglo á lo dispuesto en el art. 636, sean inoficiosas, computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante, y para que el donatario haga suyos los frutos. Para la reducción se estará á lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código.

»Art. 655. Sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho á legítima ó á una parte alícuota de la herencia, y sus herederos ó causahabientes.

»Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento á la donación.

»Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota, y los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción, ni aprovecharse de ella.

»Art, 656. Si siendo dos ó más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán ó reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente.»

Por último, téngase presente que, según el art. 1326, todo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará nulo y sin ningún valor ni efecto, en el caso de que no llegue á contraerse, de modo que las mejoras hechas en esa forma se consideran como no hechas si la boda no se realiza.

Digitized by Google

Mejoras revocables.—Todas las mejoras que estén hechas de modo que no consten en capitulaciones matrimoniales, ó en contrato oneroso con un tercero, participan de la naturaleza de las disposiciones testamentarias, en cuanto pueden ser revocadas por la sola voluntad del mejorante durante su vida. El mejorado en este caso, una vez ocurrida la muerte del causante sin revocarse la mejora, tiene la consideración de heredero, y puede ejercitar las mismas acciones que éstos.

Sobre su deber de colacionar, y sobre el caso de mejora tácita comprendido en el art. 828, ya me he ocupado en otro lugar.

La revocación puede hacerse de palabras ó por hechos. Escriche cita diversos casos según los cuales se puede presumir ó no presumir revocada la mejora. Por regla general, cuando los actos posteriores del mejorante hagan imposible el cumplimiento de la mejora, ha de entenderse revocada, á menos de que no pueda presumirse que tal fué su voluntad. En caso de duda, debe probarse la revocación.

***

Llegado el momento de la muerte del mejorante, y subsistente la mejora ya por completo, ya reducida en los casos en que así debe hacerse, los bienes ó el valor en que consista han de entregarse á los mejorados. ¿Responderán de las deudas hereditarias? Los artículos 823 al 833, que se ocupan de las mejoras, nada hablan de este particular; pero indudablemente responden de ellas de un modo indirecto, sin que nunca deban confundirse las cargas que pudieran tener los bienes antes de la muerte del causante y las deudas que quedaren á su fallecimiento, con los gravámenes y condiciones que ese mismo causante pudo imponer en su testamento ó en sus contratos á favor de los legitimarios ó de sus descendientes.

El art. 818, aunque dictado para las legítimas, influye en las mejoras, como que al fin éstas no son más que una parte de la legítima; será diferente por su naturaleza ó por otras circuns-

Digitized by Google

tancias; pero en cuanto á la porción, á la cantidad ó parte de bienes que representa, no puede menos de seguir la misma suerte que las legítimas.

El art. 818 dice así: «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren á la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.

»Al valor líquido que los bienes hereditarios tuvieren, se agregará el que tenían todas las donáciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiere hecho.»

Como la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del difunto, del total caudal existente al tiempo del fallecimiento se han de deducir todas las deudas y cargas; de un lado el activo, de otro el pasivo de una parte los derechos, de otra las obligaciones.

No es que la herencia sea solamente lo que queda después de esa deducción, solamente el derecho sin las cargas; no es que sea primero pagar que heredar, como vulgarmente se entiende, y como aceptaban las Partidas confundiendo esta materia. Precisamente es todo lo contrario, y así se desprende de los artículos 659 y 661 del Código civil; la herencia la constituyen los derechos y las obligaciones, primero es heredar que pagar, porque el que no acepta la herencia, y por tanto no hereda, nada paga, y si paga es justamente porque antes ha manifestado su voluntad de ser heredero.

A la diferencia entre el activo y el pasivo se aumenta el valor de todos los bienes que deban ser colacionados en la herencia del causante, y la suma de ambas partidas es la que sirve de base para calcular ó fijar el tercio de legítima, el tercio de mejora y el tercio de libre disposición.

El mejorado por consiguiente responde de las deudas y cargas hereditarias en cuanto son de antemano conocidas; pues deducidas en primer término, lo que toma, lo toma ya con esa deducción.

No importa que el mejorado recibiese los bienes en vida,

Digitized by Google

porque siempre le alcanza la misma responsabilidad, ya que el tercio de mejora será tanto menor, cuanta mayor importancia tengan las deudas y cargas, y nunca podrá recibir más de lo que la ley permite, ni nunca habrá de sufrir menoscabo el tercio de legítimas.

Esto no obstante, y por si en alguna ocasión pudiera ser útil ó conveniente al mejorado, el art. 833 le permite renunciar la herencia y admitir la mejora. Como el que renuncia la herencia no adquiere en ella derechos ni obligaciones, pudiera deducirse que en este caso el mejorado no quedaba obligado á pagar las deudas; pero creo que debe entenderse lo contrario. En cuanto á las deudas conocidas y deducidas de antemano, porque es irremediable, según queda expuesto, con arreglo al art. 818, ya porque la mejora, como porción de bienes, es una parte de la legítima y para fijarla hay que deducir previamente las cargas y deudas, ya porque en otro caso habría de hacerse una cuenta previa y especial para el mejorado y resultarían perjudicadas indirectamente las legítimas de los otros hijos; y en cuanto á las deudas que aparecieren con posterioridad, porque el art. 833 no añade, y si fuera cierto debiera añadir, que entonces quedaba libre el mejorado de esa obligación, porque la mejora es una parte de la herencia, y no puede decirse que la renuncia en absoluto el que toma una parte, y porque dicho art. 833 toma su disposición de la ley 21 de Toro, y ésta claramente hacía responsable al mejorado de esas deudas posteriores, aunque renunciase su legítima.

Véase el contenido de dicha ley, que es la 5.ª del tít. 6.º, libro 10 de la Novísima Recopilación: «Mandamos que el hijo ú otro cualquier descendiente legítimo mejorado en tercio ó quinto de los bienes de su padre, madre ó abuelos, que puedan si quisieren repudiar la herencia de su padre, madre ó abuelos, y aceptar la dicha mejoría, con tanto que sean primero pagadas las deudas del difunto, y sacadas por rata de la dicha mejoría las que al tiempo de la partija parescieren, y por las otras que después parescieren, sean obligados los tales me-

Digitized by Google

jorados á las pagar por rata de la dicha mejoría, como si fuesen herederos en dicha mejoría de tercio y quinto. Lo qual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoría sea en cosa cierta, ó en cierta parte de sus bienes.»

Esta ley no rige, pero sirve de precedente para interpretar el art. 833, dado el silencio que éste guarda sobre el particular. Es verdaderamente inconcebible lo hecho por el legislador en esta materia y otras disposiciones sobre mejoras: encontró una legislación más ó menos aceptable, pero completa; pudo modificarla, seguir las reglas antiguas ó variarlas, según su opinión ó creencia, y sin embargo, se limitó á sentar algunos principios generales, cercenando todo lo demás que complementaba esos principios, y dejando con tal sistema una porción de vacíos y un semillero de dudas.

El hijo ó descendiente legítimo mejorado podrá renunciar la herencia y admitir la mejora. Nada más que esto dice el artículo 833 del Código civil. Si creía buena la doctrina de la ley 21 de Toro, ¿por qué no añadió «pero sin librarse por esto de sus obligaciones como heredero»? Si no estaba conforme con esa teoría, ¿por qué no expresó que en caso de renuncia el mejorado no respondería de las deudas que apareciesen con posterioridad á la partición?

La renuncia á que el art. 833 se refiere podrá considerarse rara y poco útil, si no libra al renunciante del pago de esas deudas; pero en el silencio del Código, y dado el precedente de de la ley 21 de Toro, siendo la mejora parte de la herencia y el mejorado un heredero, debe deducirse que dicho mejorado responde á prorrata de toda clase de deudas, fuesen ó no conocidas con anterioridad á la partición.

***

La mejora debe pagarse en la clase de bienes que hubiese designado el testador ó mejorante, y si no hubiere designación especial, en la clase de bienes que haya en la herencia. Sobre este particular rigen los artículos 829 y 832 del Código civil.

Digitized by Google

cuyo precedente es la ley 20 de Toro (4.ª, tít. 6.º, libro 10 de la Novísima Recopilación).

«Art. 829. La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado á mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico á los demás interesados.»

«Art. 832. Cuando la mejora no hubiese sido señalada en cosa determinada, será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose, en cuanto puedan tener lugar, las reglas establecidas en los artículos 1061 y 1062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes.» Esto es, han de adjudicarse cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie que á los demás coherederos, y si una cosa es indivisible ó desmerece mucho por su división, puede adjudicarse al mejorado, á calidad de abonar á los otros el exceso en dinero, bastando que un coheredero pida su venta en pública subasta para que así se verifique.

Estos artículos no necesitan explicación, siendo aplicables á toda especie de mejoras. Solamente haremos algunas observaciones.

La primera es que en el art. 829 no se ha tenido en cuenta para nada el tercio libre. Si la mejora se señala en cosa determinada, y el valor de ésta excediere del tercio de mejora y de la parte de legítima del mejorado, siempre que puedan cubrirse las legítimas de los otros hijos, ¿no podrá entenderse en el exceso un legado de la parte libre? Pudiendo entenderse el legado mejora cuando no cabe en el tercio de libre disposición, según el art. 828, ¿no podrá también considerarse la mejora legado, cuando atendido el valor de los bienes al tiempo de la muerte del testador, no quepa en el tercio destinado á mejora ni en la parte de legítima del mejorado?

Si hay otros legados que absorben ese tercio, el art. 829 debe aplicarse estrictamente, y el mejorado debe abonar en metálico á los demás interesados el exceso ó diferencia. Pero si este exceso cabe en la parte sobrante que pueda quedar del tercio de

Digitized by Google

libre disposición, parece lo más verosímil que se entienda que el testador ó mejorante dejó á su hijo ó descendiente lo que pudo dejar á un extraño, y si bien se perjudicarán los otros herederos, será en cuanto á una porción que no es legítimamente suya, y más natural es que sufran ellos el perjuicio, que no el mejorado, respecto al cual expresó el causante su voluntad de que recibiese una cosa determinada ó una porción de bienes superior á la que por mejora y legítima podía corresponderle.

Otra observación se desprende del examen del art. 829 en relación con el 1062. En el caso de éste, basta que un coheredero pida la venta en pública subasta de los objetos indivisibles ó cuya división ocasione perjuicios, para que haya de procederse á la venta. ¿No podrá ocurrir lo mismo en el caso del art. 829?

Considerando la cosa especial destinada á mejora como indivisible, ¿no tendrán igual derecho los coherederos? Parece que no; la ley le da desde luego el carácter de indivisible, aunque no lo sea, puesto que aun excediendo su valor de lo que el mejorado puede recibir, quiere que se entregue toda ella, abonándose en metálico la diferencia, y no hay razón para privarle de ese derecho. Solamente en el caso de que no pueda abonar esa diferencia en metálico, podrán convenir los interesados, ya en que se abone en otra clase de bienes, ya en que se proceda á su venta ó se divida si es posible, ya en que se adjudique á otro ú otros, abonando éste ó éstos á los demás lo que pueda resultar de exceso ó diferencia.

Por último, observaremos que el señalar cosa determinada para mejora, es una facultad del mejorante, nunca una obligación, que el exceso de valor que pueda resultar ha de pagarse precisamente en metálico, no sabemos por qué, y que los demás interesados á que el artículo alude son, no sólo los coherederos, sino también, como la palabra indica, cuantos tengan interés en la herencia.

***

Digitized by Google

Sobre los efectos de las promesas de mejorar y no mejorar, dice el art. 826: «La disposición del testador contraria á la promesa no surtirá efecto.» Tiene su precedente en la ley 22 de Toro, bastante más larga y confusa.

Si la disposición del testador contraria á la promesa no surte efecto, la promesa de mejorar ó de no mejorar habrá de surtirlo, y vendrá á tener tanta fuerza como la verdadera mejora.

El espíritu del Código siempre que trata de promesas es el mismo; véase si no la promesa de venta y la promesa de hipoteca. El hombre queda obligado igualmente por sus palabras que por sus hechos, y si algo promete, debe cumplirlo.

¿Quiere esto decir que las promesas de mejorar ó de no mejorar sean irrevocables? El art. 826 no dice tanto, pero equivale á lo mismo.

La disposición contraria á la promesa no surte efecto. Si el padre promete mejorar á un hijo, y después en su testamento dispone de sus bienes con igualdad, olvidándose de su promesa, esta disposición no surte efecto, y por tanto, se entiende hecha la mejora, y sólo el resto se reparte con igualdad. Si el causante promete á alguno de sus hijos no mejorar á ninguno de ellos, y después hace la mejora, esta disposición contraria á su promesa tampoco surtirá efecto, y por tanto se entiende no hecha la mejora. Pero en estos casos y otros análogos existe una revocación tácita, una manifestación contraria y nada más. Mas si la revocación se hace de un modo expreso; si el promitente, de una manera clara y terminante, declara que no cumplirá su promesa, el caso parece distinto y no comprendido en el artículo. Esta declaración, sin embargo, es anómala; después de ella vendrá forzosamente la disposición contraria; ¿surtirá efecto? El artículo, sin distinguir, dice que no, y como en realidad tan clara aparece su voluntad en un caso como en otro, deben ambos producir el mismo resultado. Medie lo que medie, la disposición contraria á la promesa no surtirá efecto.

Digitized by Google

Pugna á primera vista esta doctrina, esta disposición del art. 826, con todo el contenido de la sección. Las mejoras son, por regla general, revocables; ¿cómo admitir que las promesas de mejorar y no mejorar, que representan algo menos, sean siempre irrevocables? La explicación es muy clara: esas promesas no las admite el legislador más que en un caso: cuando constan en capitulaciones matrimoniales y por escritura pública, según el mismo art. 826. Las mejoras hechas en capitulaciones matrimoniales son también irrevocables, con arreglo al art. 827, aunque no consten en escritura pública. Luego la ley no da más importancia á la promesa de mejorar que á la misma mejora. Todo lo más, resulta que equipara los efectos de ésta con los de aquélla en el único caso en que considera válida la promesa.

Por último, aunque el art. 826 sólo habla del testador, no por eso ha de entenderse que sólo se refiere á las disposiciones contrarias contenidas en el testamento. Debe suponerse, por el contrario, que quiso referirse al promitente y á toda disposición posterior contraria, pues en todo caso merece la promesa igual respeto.

***

Resta una cuestión: ¿son inscribibles las mejoras?

Las que tienen el carácter de irrevocables, en los dos únicos casos que admite el art. 827, lo son desde luego.

Las hechas en la disposición testamentaria bajo la cual fallece el testador, mejoras que han quedado firmes por la muerte del mejorante, se inscriben como los demás bienes inmuebles y derechos reales comprendidos en la herencia, y lo mismo todas las que hayan quedado irrevocables y se contengan en la partición, ó en un acto cuya eficacia dependía de ese fallecimiento.

Pero las mejoras hechas de un modo expreso por el causante durante su vida, que no consten en capitulaciones matrimoniales, ó en contrato oneroso con un tercero, mejoras que son

Digitized by Google

siempre revocables aunque medie entrega de bienes, ¿pueden inscribirse antes de la muerte del mejorante? Aun cabe distinguir: Si los bienes son inmuebles y se entregaron al mejorado, hay un acto inscribible, porque esta entrega modifica desde luego una de las facultades del dominio del mejorante, y está comprendida en el art. 2.° del Reglamento dictado para la ejecución de la ley Hipotecaria, sin que obste la naturaleza revocable de la transmisión, porque con ese carácter y limitación se inscribirá.

Si no media entrega de bienes, pero se determinan aquellos en que consiste la mejora, y son inmuebles, la cuestión es dudosa; pero no hay en realidad acto inscribible. Lo mismo ocurre respecto á las mejoras hechas en testamento, antes de morir el testador. El mejorante al hacer la mejora conserva los bienes en su poder; si dispone de ellos se entiende que la revoca, y la disposición es válida; no pierde, pues, su facultad de usar y disfrutar, ni la de disponer, ni la de reivindicar; no se modifica su dominio, no se impone limitación alguna. ¿No se transmite entonces nada al mejorado? ¿no adquiere éste nada? adquiere sólo una esperanza, y una esperanza no es susceptible de inscripción. Estoy conforme en este punto con la opinión de los Sres. Galindo y Escosura. El art. 1271 confirma esta creencia.

En cuanto á las promesas de mejorar y no mejorar, no serán inscribibles, por regla general, por no referirse á bienes especiales; pero si tuviesen por objeto alguna finca ó derecho determinado, como habrán de constar por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, podrán desde luego inscribirse y hasta deberá verificarse esa inscripción, porque siendo ineficaz toda disposición posterior del promitente contraria á la promesa, claro es que éste limita su dominio en esos bienes, y si la limitación no constase en el Registro, la disposición posterior á la promesa se inscribiría, creando un verdadero conflicto que habría de resolverse en favor del tercero.

***

Digitized by Google

Además de los efectos apuntados, hay otros posteriores que figuran en segundo término, no porque carezcan de importancia, sino porque sólo se producen de un modo mediato ó indirecto, como consecuencia de los anteriores.

Entre estos efectos se contaba antes el derecho de acrecer y el derecho de transmisión.

El derecho de acrecer entre los co-mejorados no tiene hoy aplicación, aunque se reunan todas las circunstancias que para dicho derecho exige el art. 982, pues la mejora ha de recaer en herederos forzosos, y entre éstos no existe tal derecho, según el art. 985.

Aunque deba considerarse al mejorado como heredero voluntario en cuanto á la mejora, el mismo artículo citado excluye el derecho de acrecer, pues sólo puede éste tener lugar en el tercio de libre disposición.

«Art. 985. Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje á dos ó más de ellos, ó á alguno de ellos y á un extraño.

»Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por derecho propio, y no por el derecho de acrecer.»

Al referirse el Código en este artículo á los herederos forzosos, considera como tales á los que tienen derecho á legítima, prescindiendo de si respecto á alguna otra de las porciones que reciban deben ó no ser considerados como herederos voluntarios. Así es que no deja de nombrarles herederos forzosos aunque trata del tercio de libre disposición, dejado á dos ó más de ellos, ó á alguno de ellos y á un extraño.

Tal vez el Código no se acordó en este punto de las mejoras; mas refiriéndose solamente al tercio de libre disposición, no debe hacerse extensivo á aquéllas lo que únicamente sobre éste se dispone.

(Continuará.)

JOSÉ MORELL.
Registrador de la propiedad.

Digitized by Google

ESTUDIO SOBRE LA PATRIA POTESTAD *

CAPÍTULO IV

SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad se suspende por causas que afectan á los sujetos de la misma, ó á la efectividad de los elementos formales. Por lo que hace al primer extremo, se comprende claramente que no se refiere á los hijos, porque en cualquiera situación en que éstos se encuentren necesitan de dirección y ayuda. En cuanto á los padres, todas las causas de suspensión que les afectan, se reducen á una sola, que comprende varias especies, y es la incapacidad. Esta puede ser física ó moral. La primera proviene de enfermedad que altere la normal funcionalidad de las potencias intelectuales, como la imbecilidad, la locura, la prodigalidad. La incapacidad moral proviene de la conducta de los padres, pues no basta que éstos tengan todas las condiciones de inteligencia necesarias, sino que es preciso que su moralidad sea intachable, á ser posible, toda vez que el principal medio de acción de que han de valerse en la educación de los hijos, es el ejemplo, y además porque mal puede inspirar á éstos buenos principios de conducta cuando no los posee.

La mala conducta puede encerrarse dentro de los límites del simple vicio, en cuyo caso debe el Estado, por medio de los Tribunales, y previa información, privar al padre vicioso del

* Véase las páginas 490 del tomo 82, y 228 del 83 de la REVISTA.

Digitized by Google

ejercicio de la patria potestad, mientras no se enmiende; ó puede avanzar hasta la esfera del crimen, y entonces también, como consecuencia ineludible de toda pena, y por el tiempo que ésta dure, exige la justicia que se prive á los padres delincuentes del ejercicio de tan preciado derecho, de que se hacen indignos al cometer el delito; privación que se conoce con el nombre de *interdicción civil*, y que en las legislaciones positivas se aplica tan sólo como pena accesoria de ciertas otras principales, que, por su gravedad y por la situación en que queda colocado el condenado á sufrirlas, le impiden materialmente ejercer las funciones á que la interdicción afecta; y también suele imponerse, en igual concepto de accesoria, en ciertos delitos que relajan el buen orden y moralidad de la familia y que, llevando el mal ejemplo á los hijos, demuestran en quien los realiza falta notoria de condiciones apropiadas para ejercer las augustas funciones de padre, tutor y otras análogas; tales son los delitos contra la honestidad, en general, y especialmente los de corrupción de menores. Creemos, sin embargo, tal vez extremando la cuestión, que cualquier delito incapacita para el ejercicio de la patria potestad, porque supone una voluntad opuesta al cumplimiento del derecho, rebelde al orden jurídico, el cual perturba intencionalmente, y mientras este germen no se extinga en el alma del delincuente por el remedio eficaz de la pena, debe el mismo estar privado del ejercicio de derechos, que requieren una voluntad decidida por su realización, y no torcida y desviada de la senda que á ella conduce.

Existe otra causa de suspensión que afecta á los padres, y que si bien no proviene de incapacidad física ni moral, porque por ella no se pierden ninguna de las condiciones de aptitud necesarias, ni nace de acto alguno ilícito ó inmoral, constituye al sujeto en una especie de incapacidad que pudiéramos llamar social. Nos referimos al cónyuge que contrae segundas nupcias teniendo hijos de las primeras, sobre los cuales debe ser privado de ejercer patria potestad mientras no vuelva á enviudar. Se discute si esta incapacidad debe ser extensiva á

Digitized by Google

ambos cónyuges ó sólo á la madre. Los que sostienen esta última solución se fundan en que la madre es siempre más débil y menos capaz de resistir la influencia del segundo cónyuge en contra de los hijos del primer matrimonio; pero olvidan que la falta de cariño, ó indiferencia, hacia los hijastros, es lo mismo en las madrastras que en los padrastros, y que es la misma también en ambos casos la oposición de intereses entre unos y otros hijos, y que, como observa oportunamente el Sr. Manresa (1), «en la práctica suele ser menos dura y dominante la acción de los padrastros que la de las madrastras». Lo más acertado es, pues, no hacer distinción alguna entre el padre y la madre, privando á uno y á otro del derecho de patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio, durante las segundas nupcias, existan ó no hijos de éstas.

Las causas de suspensión que afectan á los elementos formales, sólo pueden originarse en la falta de convivencia común entre padres é hijos, pero por ausencia de los padres en lugar ignorado y sin dejar persona que los represente, pues tal situación produce una verdadera incomunicación y ruptura de todo orden de relaciones con los hijos, que impide en absoluto el ejercicio de la patria potestad.

CAPÍTULO V

EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Son causas de extinción de la patria potestad:

Primera. *La muerte de los padres ó del hijo.* El derecho de patria potestad, concedido por la naturaleza exclusivamente á los padres, es personalísimo y no admite representación, ni por lo tanto puede derivarse en los herederos.

Segunda. *La emancipación.* Esta palabra, de origen conocidamente romano, y que en Roma significaba el acto por el

(1) Obra citada.

Digitized by Google

cual salía el hijo del dominio del padre, significa hoy, según el sentido actual de la filosofía del derecho, el acto por el cual sale el hijo de la patria potestad por hallarse en condiciones de aptitud suficiente para regirse por sí mismo. No puede admitirse en buenos principios jurídicos la perpetuidad de la patria potestad, absurdamente sostenida por la legislación romana y por todas las que en ella se han inspirado. La patria potestad tiene su término natural en el momento en que se cumple el fin para que está instituída por el derecho. Prolongar su existencia más allá de este límite, es desconocer su fin y en su lugar asignarle otro totalmente opuesto á la naturaleza humana, y basado en una negación, la de la personalidad del hijo, y en una afirmación, la del dominio del padre sobre el mismo: negación y afirmación unánimemente condenadas por la moderna filosofía. Esto no significa que al terminar la patria potestad terminen toda clase de deberes entre el padre y el hijo, sino tan sólo aquellos que nacen de la necesidad que tiene el hijo del amparo y dirección del padre. «El vínculo de la paternidad, dice el Sr. Giner (1), es eterno é indeleble, pero todas aquellas relaciones que dependen del estado de incapacidad del hijo y de la comunidad de la vida doméstica, cesan con estas condiciones.»

La emancipación es expresa y tácita. Entendemos que bajo el primer concepto sólo puede comprenderse la llamada voluntaria, ó sea la que se realiza por concesión de los padres, que son realmente los más capacitados para apreciar con el debido acierto el momento en que los hijos pueden salir de la patria potestad, dado el conocimiento que tienen de su carácter, del alcance y desarrollo de sus facultades, y de todas las cualidades, en fin, que es preciso tener en cuenta para otorgar á un hijo el título y consideración de persona *sui juris*.

Los casos de emancipación tácita son dos: la mayor edad y el matrimonio del hijo.

---

(1) Obra citada.

Digitized by Google

El momento de la mayor edad, filosóficamente hablando, no es el mismo en todos los individuos, en razón á que depende naturalmente del mayor ó menor tiempo que cada uno emplea en adquirir el completo desarrollo de sus facultades. Hay quienes en una edad temprana muestran la suficiente reflexión y madurez en sus juicios para poder regirse por sí mismos; hay quienes en la juventud causan ya la admiración de los demás por la fuerza poderosa de su genio ó de su talento, que les hace producir obras maestras del arte ó de la ciencia, y hay quienes, en su edad viril, no son capaces todavía de marchar solos y sin ayuda por el áspero camino de la vida. Por eso las leyes positivas, al fijar la mayoría de edad en el transcurso de un determinado número de años, igual para todos los individuos, se apartan manifiestamente del derecho natural, sin que al hacer esta afirmación desconozcamos, por otra parte, que no puede dejarse la determinación del momento de la mayor edad en cada caso particular al libre arbitrio de los padres, porque sería autorizar la comisión de frecuentes abusos en perjuicio de la personalidad de los hijos, ni encomendarse á los Tribunales, lo que equivaldría á sancionar inconvenientes y peligrosas pesquisas en el seno de las familias y en las acciones de cada uno, exponiéndose en ambos casos á inevitables errores, por tratarse de un problema complejo de solución difícil, y que, por lo tanto, las leyes siguen el sistema que menos inconvenientes ofrece y fija una edad cierta y determinada, que suele ser aquella en que ordinariamente llega el hombre al completo desarrollo de sus facultades.

El cumplimiento de los fines del matrimonio exige que los cónyuges se hallen libres de la potestad de sus padres, porque el ejercicio de los derechos y deberes conyugales, y sobre todo el de la patria potestad, debe realizarse, en cuanto sea posible, en virtud de propia dirección y con independencia de ajena autoridad, toda vez que sería contradictorio á todas luces que los cónyuges fuesen á un tiempo padres é hijos de familia jurídicamente hablando. El matrimonio del hijo es, por lo tanto,

Digitized by Google

y no puede menos de ser una de las causas de extinción de la patria potestad.

PARTE SEGUNDA

Indicaciones históricas sobre la patria potestad.

Discútese si la patria potestad representaba en Roma una magistratura doméstica, ó era una derivación del derecho de propiedad. Lo cierto es que si en la forma de su ejercicio constituía una verdadera magistratura, era en el fondo una manifestación muy original de la propiedad quiritaria, que se extendía sobre todas las personas y cosas de la familia. Subordinadas las relaciones jurídicas al fin superior que regía la vida social de aquel pueblo, el desarrollo y exaltación del *derecho de ciudad,* se explica perfectamente lo que dejamos expuesto. La familia romana no era una institución fundada en el derecho natural, en cuanto á su organización jurídica; era una institución puramente civil. Por eso los jurisconsultos romanos decían que la patria potestad era de derecho de gentes y de derecho civil: aquélla, común á todos los hombres; ésta, propia y exclusiva de los ciudadanos romanos.

En las leyes de las Doce Tablas, primero de los Códigos de Roma y fiel espejo de sus costumbres, se encierra todo el derecho antiguo acerca de la patria potestad, cuyas bases fundamentales pueden reducirse á lo siguiente. En la familia romana sólo el padre goza de verdaderos derechos, teniendo bajo su poder absoluto á todos los miembros de la misma. La mujer tiene idéntica condicion que el hijo; cuando se casa, no hace más que cambiar de amo, pues, si sale del poder paterno, es para entrar en el del marido, *in manu mariti.* Los hijos y los esclavos representan igual papel en el orden jurídico; el padre es señor de sus personas y de todo lo que adquieren, y tiene sobre ellos el derecho de vida y muerte, el de venderlos y el de darlos en noxa. La patria potestad es perpetua, puesto que sólo termina por voluntad del padre y, por excepción, cuando el hijo obtiene la dignidad de Flamen Dialis, ó

Digitized by Google

entra la hija en el orden sagrado de las Vestales, y en su virtud, extiéndese sobre todos los descendientes, dando lugar á una marcada falta de armonía entre el derecho público y el privado, pues podía suceder que al llegar el hijo á la edad viril, fuese elevado á los primeros puestos de la República, y mientras era por una parte árbitro tal vez de los destinos de Roma, no tenía por otra derecho alguno sobre sus propios hijos, en tanto viviera su padre, y hasta puede decirse que no era más dueño de su persona que el último de los esclavos, dentro de la esfera de la sociedad familiar.

El advenimiento del Cristianismo, cuyas doctrinas influyeron de tal modo en el Derecho que le hicieron renacer á una nueva vida, produjo una señalada tendencia en favor de la mujer y de los hijos, y en contra de los absurdos derechos de los padres.

A un Emperador de origen español cabe la gloria de haber puesto la primera limitación á tales derechos. Trajano, en el año 114, obligó á un padre á emancipar á su hijo por haberlo castigado cruelmente. Otros Emperadores siguieron su ejemplo. Adriano deportó á un padre por haber dado muerte á su hijo, yendo de caza. Alejandro Severo aconseja en un rescripto á otro padre que castigue moderadamente á su hijo, y que si comete falta grave lo lleve ante el pretor. También se concedió al hijo el derecho de hacer suyo lo que adquiriese en el servicio de las armas, ó sea el peculio castrense. En una palabra: el principio entonces dominante llegó á ser el expresado en esta célebre frase del jurisconsulto Marciano: *Patria potestas in pietate debet non in atrocitate consistere.*

La última etapa de la vida del derecho romano en la antigüedad se desenvuelve ya bajo la influencia directa del Cristianismo. Las Constituciones imperiales se inspiran en orden al poder paterno en el espíritu del Evangelio. Partió la iniciativa del gran Constantino, que acabó con el derecho de vida y muerte, condenando como parricida al que cometiere la bárbara crueldad de matar á sus hijos; prohibió la venta de

Digitized by Google

los mismos, aunque con algunas excepciones, que luego derogó Teodosio, y abolió la dación noxal en cuanto á las hijas, precepto que hizo extensivo á los hijos el inmortal Justiniano. La personalidad del hijo para adquirir fué ampliada, naciendo el peculio cuasi-castrense y el adventicio; apareció la legitimación como nuevo modo de adquirir la patria potestad, y la extinción de ésta halló nuevos motivos en la voluntad del padre, en la comisión por el mismo de ciertos delitos graves y en la obtención por el hijo de algunas dignidades.

Con todo ello, aun quedaban muchos puntos dignos de reforma, como la perpetuidad del poder paterno y el excluir á la madre de su ejercicio, y en tal estado se hallaba esencialmente la legislación cuando el Imperio de Oriente cayó para siempre á impulso de las armas turcas, como había caído el de Occidente ante la terrible invasión de los pueblos bárbaros, cuya influencia en la institución de la patria potestad conviene conocer, distinguiendo al efecto entre la organización que la familia tenía en dichos pueblos antes de la invasión y la que alcanzó después, en razón á ser muy distinta la vida de los germanos en sus primitivas selvas, de la que luego tuvieron en los países conquistados, donde se tornaron más cultas y suaves sus primeras costumbres rudas y salvajes.

En la familia primitiva era el padre único señor, juez y sacerdote, siendo dueño absoluto también de todas las personas y bienes de la misma.

El matrimonio se perfeccionaba por el contrato celebrado entre el que pretendía contraerlo y los padres de la mujer; la ceremonia religiosa no era esencial; el divorcio disolvía el vínculo matrimonial. La patria potestad, como la autoridad marital, no era más que una forma dal *mundium*, por cuya virtud, tanto la mujer como el hijo, puede decirse que se hallaban sometidos al dominio del jefe de la familia. No carecía la mujer, sin embargo, de ciertos derechos, pues era compañera del marido en los combates y tenía parte en los gananciales ó *conquistas*.

Digitized by Google

Después de la invasión, la familia se desarrolló bajo la influencia del espíritu cristiano, débil é indirectamente al principio cuando predominaba el arrianismo, y decisiva y directamente más tarde, cuando las sublimes doctrinas de la verdadera religión dominaron en el corazón y en las costumbres del pueblo.

Encontró la familia su organización legal en los Códigos que se formaron como expresión de los nuevos principios jurídicos, y de todos ellos, ninguno más notable que nuestro *Fuero Juzgo*. En él no aparece ya el poder paterno como una relación de propiedad, sino como una relación personal, que atiende al fin propio de la institución. El hijo no es considerado como cosa. El padre carece de aquellos absurdos derechos que le concedía la ley romana (1). Sólo el matrimonio origina la patria potestad, y el hijo sale de ella, ó por que se casa, ó por que llega á la edad en que puede gobernarse por sí propio (2). Muerto el padre, quedan los hijos menores bajo la guarda de la madre, y hay quien sostiene que bajo su potestad.

A leyes tan progresivas sólo puede oponerse, como notable contraste, la que permitía que el padre ó la madre matasen á la hija si la sorprendían en acto carnal (3); pero este rigor obedecía en cierto modo á un alto principio moral, erróneamente interpretado, y por virtud del cual se prefería la muerte á la deshonra.

Consumada con la derrota del Guadalete la ruina de la monarquía goda, é invadida España por los árabes, los Reyes, como estímulo y recompensa de las heroicas hazañas y poderoso auxilio con que contribuían la nobleza y el pueblo á la gloriosa epopeya de la Reconquista, les otorgaron mercedes y privilegios, que consistieron, entre otros, en porciones de terri-

---

(1) Leyes 1.ª y 5.ª, tít. 5.°, libro 4.°; ley 13, tít. 4.°, libro 5.°; ley 7.ª, tít. 3.°, libro 6.°, y ley 18, tít. 5.°, libro 6.°

(2) Leyes 13 y 14, tít. 2.°, libro 4.°

(3) Ley 5.ª, lít. 4.°, libro 3.°

Digitized by Google

torios á los nobles, y leyes propias á los pueblos para su régimen y gobierno, dando vida con esto á dos poderosos elementos de la sociedad en aquella época: el *feudalismo* y los *municipios*.

Hecho tan importante como el feudalismo, que caracteriza toda una época de la historia, no podía menos de hacer sentir su influencia en el derecho privado. Concretándonos al objeto de nuestro estudio, diremos que dignificando en cierto modo á la madre y al hijo, imprimió el feudalismo á la patria potestad un sentido indudablemente progresivo.

«Las ideas caballerescas del feudalismo ejercieron un benéfico influjo en la familia, enalteciendo á la mujer, á quien en las ausencias del castellano correspondían los honores y derechos de éste y su autoridad y consideración en la familia; así como la jefatura definitiva de sus hijos y vasallos cuando la muerte de aquél, acontecimiento frecuente por los riesgos de la guerra, la sumía en el estado de viudez. Ese mismo espíritu caballeresco conservó y aumentó la tradicional galantería y generosidad de los godos con sus esposas, practicándose la costumbre de otorgar las arras para premiar sus cualidades personales, hasta el exagerado tipo de una tercera parte de sus bienes, sin perjuicio de otros presentes ó donaciones esponsalicias de que da testimonio la ley 2.ª, tít. 1.º, libro 5.º del Fuero Viejo.

»Los hijos, cumplida la edad de veinte años, entran al servicio obligatorio de la milicia, y adquieren en la guerra la consideración de compañeros de armas de sus padres, dividiendo con ellos los azares y glorias de las batallas; lo que produce una verdadera emancipación de hecho» (1).

Respecto de los Fueros municipales, inspirados en el derecho germano, sólo haremos notar que algunos de ellos, como los de Fuentes, Plasencia, Cuenca y Burgos, concedían la pa-

(1) Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*, tomo 1.º, pág. 214.

Digitized by Google

tria potestad á la madre, muerto el padre. *Patre mortuo filii in matris potestate consistans* (1).

La coexistencia en el reino de Castilla de los Fueros municipales y nobiliarios introdujo tal desorden en la vida legislativa, que los Reyes creyeron necesario unificar la legislación, concluyendo con la variedad anárquica que imperaba. Iniciada la realización de esta idea por D. Fernando III el Santo, y muerto este gran Rey antes de llevarla á cabo, la intentó su hijo el insigne D. Alfonso X el Sabio, publicando al efecto sus conocidos Códigos, de los cuales fueron los más importantes el *Fuero Real*, expresión acabada del derecho nacional ó germano, y las *Siete Partidas*, en cuyas leyes inmortales tradujo el Rey Sabio los preceptos del derecho romano, influído sin duda, no tan sólo por la afición despertada entonces hacia su estudio, como lo prueba la historia de las célebres Universidades de aquel tiempo, sino también por la misma bondad científica de la mayor parte de sus doctrinas, y estimulado á la vez por otro motivo puramente político, cual era el supremo interés de restablecer el prestigio y fuerza del Poder real, algún tanto desconocido y debilitado por efecto de la lucha entablada entre los Reyes y los señores, engreídos con sus privilegios y riquezas; propósito á cuya realización eran sumamente favorables las leyes romanas por lo mucho que enaltecían el principio monárquico, y que no fué totalmente conseguido hasta mucho tiempo después, por virtud de la sabia política de los Reyes Católicos.

Ahora bien: en el Fuero Real, como en todos los demás cuerpos legales que fueron expresión del derecho puramente nacional, se nota un carácter más racional en orden á la patria potestad, otorgada por dicho Código á la madre, según la más recta interpretación de algunas de sus leyes (2).

En cuanto á las Partidas, el concepto que en ellas se en-

(1) *Biblioteca judicial*, vol. 43.

(2) Ley 8.ª, tít. 11, libro 1.º; 7.ª, tít. 4.º, y 3.ª, tít. 7,º, libro 3.º

Digitized by Google

cuentra acerca de la patria potestad es verdaderamente filosófico, por estar basado en aquella ley de la naturaleza que nos manda criar y amar á nuestros hijos (1); mas si penetramos en el desarrollo que tal concepto alcanza en las leyes correspondientes, vemos desmentido en gran parte el racional principio que lo informa. Basta decir que la madre aparece privada del derecho de patria potestad; que éste se concede en cambio á los ascendientes (2), y que se autoriza al padre para vender, empeñar y hasta comerse á su hijo, según el texto de la ley 8.ª, tít. 17 de la Partida 4.ª, que dice así: *Qvexado seyendo el padre de grand fambre, é aviendo tan grand pobreza, que non se pudiesse acorrer dotra cosa, estonce puede vender ó empeñar sus fijos, porque haya de que comprar que coma. E la razon porque puede esto fazer, es esta, porque pues el padre non ha otro consejo: porque pueda estorcer de muerte él nin el fijo: guisada cosa es, quel pueda vender, é acorrerse del precio: porque non muera el uno nin el otro. E aun ay otra razon porque el padre podria esto fazer, ca segund el fuero leal de España, seyendo el padre cercado en algun castillo que touiesse de señor, si fuesse tan cuytado de fambre que non ouiesse al que comer puede comer al fijo sin mal estança, ante que diesse el castillo, sin mandado de su señor. Onde si esto puede fazer por el señor, guisada cosa es que lo pueda fazer por sí mismo. E este es otro derecho de poder, que ha el padre sobre sus fijos, que son en su poder, el que non ha la madre. Pero esto se puede fazer en tal razon, que todos entiendan manifiestamente que assi es, quel padre non ha otro consejo, porque pueda estorcer de muerte, si non vendiere ó empeñare al fijo.*

Hemos insertado íntegra esta ley para que se vea palpablemente cómo el afán de copiar el derecho romano influyó en el ánimo del ilustre legislador de las Partidas, hasta el punto de introducir en su inmortal Código preceptos que, por opuestos

(1) Introducción y ley 3.ª del tít. 17, é introducción al tít. 19 de la Partida 4.ª

(2) Leyes 1.ª, tít. 17, y 1.ª, tít. 18, Partida 4.ª

Digitized by Google

al espíritu de la época, estaban destinados á ser letra muerta; pues bien puede asegurarse que por muy grande que hubiera sido la necesidad de un padre, y por muy hondo que hubiera estado en el corazón de un vasallo—y lo estaba mucho en aquel tiempo—el sentimiento de fidelidad al señor, los principios de la religión cristiana, que entonces dominaban ya en absoluto, y los fueros mismos de la costumbre, les hubieran impedido hacer uso de tan horribles é inhumanos derechos, prefiriendo sin duda morir de hambre á igualarse á las fieras. Pudiera tal vez citarse contra esta opinión el célebre episodio de Guzmán el Bueno; pero una cosa es sacrificar en aras de la Patria y del Rey la vida de un hijo, cumpliendo así sagrados deberes, de que entonces se tenía tan alta idea, y otra rebajarse hasta la condición del bruto, atentando contra todos los derechos de la naturaleza y dignidad humanas, cuyo sacrificio nunca exige el bien de la patria, ni jamás puede ser á ésta provechoso. Buena prueba de lo que decimos ofrece el hecho de que el Código de las Partidas, á pesar de su inmenso valor científico y literario, no adquirió fuerza legal, y ésta de un modo supletorio, hasta cerca de un siglo después de su formación, ni llegaron á encajar sus preceptos en los moldes de la costumbre, nacida y alimentada al calor del elemento germano; y si bien es verdad que más adelante, gracias á la bondad jurídica de muchas de sus disposiciones y á la confusión que llegó á informar la vida legislativa, se han aplicado con preferencia numerosas leyes del inmortal Código, nunca han llegado á serlo esas absurdas y anacrónicas leyes referentes á la patria potestad, ni otras de la misma índole, cuya razón de ser histórica, ya que filosófica jamás la tuvieron, hizo desaparecer para siempre el sentido eminentemente espiritualista del Cristianismo.

Por lo dicho se comprende que los laudables propósitos de Don Alfonso el Sabio de unificar la legislación, no se vieron realizados con la publicación de las Partidas, y antes por el contrario, se inició un período de lucha entre el derecho ge-

Digitized by Google

nuinamente nacional consagrado en los fueros y en las costumbres, y el que bien puede llamarse extranjero, consignado en la ley escrita, dando con esto ocasión á que en tiempo de otro gran Rey, D. Alfonso XI, se intentase de nuevo la obra de la unidad legislativa, en cuyo camino se dió un gran paso con la prelación de códigos establecida en el célebre *Ordenamiento de Alcalá*, cuerpo legal en el que nada encontramos que tenga relación con la institución de que nos ocupamos. Tampoco se encuentra en ninguna de las posteriores obras legislativas, si se exceptúan las famosas *Leyes de Toro*, que marcan el notable adelanto de considerar el matrimonio del hijo como causa de su emancipación (1).

Por lo que hace relación á los demás Estados que por virtud de la Reconquista se constituyeron en nuestra Península, nos haremos cargo, en vista de los cuerpos legales que forman la materia de su historia legislativa, de algunos puntos dignos de mención en orden al concepto y líneas generales de la institución de la patria potestad, ya que este ligerísimo bosquejo no permite entrar en otros detalles.

En *Aragón* no existía la patria potestad, según el texto de la Observancia segunda: *Item de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*. Pero este principio no ha de entenderse en un sentido tan absoluto que autorice á creer que en Aragón carecían los padres de toda clase de derechos y se hallaban exentos de todo género de obligaciones para con sus hijos, lo que hubiera sido tanto como ir contra todas las leyes naturales que imponen como necesaria la existencia de la patria potestad, aun á despecho de las leyes que la desconocieran. El verdadero sentido de la citada disposición legal, no es otro que el de significar que en Aragón no se conocía la patria potestad tal y como entonces era entendida y sancionada, ó sea, como la establecieron los romanos, con toda aquella suma de derechos absurdos y crueles otorgados al padre. Y la prueba de

(1) Ley 47.

Digitized by Google

ello es que no faltaban en las leyes aragonesas preceptos encaminados á fijar las relaciones jurídicas entre el padre y el hijo, como los relativos á alimentos, peculios, emancipación legal y mayoría de edad.

En *Cataluña* predominó el derecho romano, y en su virtud sólo el padre tenía patria potestad, siendo de notar que los hijos quedaban legalmente emancipados al contraer matrimonio, según así lo estatuyó una ley dada por D. Pedro III en las Cortes de Perpignán.

En *Mallorca* el concepto de patria potestad era también el del derecho romano, conociéndose asimismo como causa de emancipación el matrimonio del hijo, como puede verse en una de las Ordenaciones de Mall, recopilación publicada en 1663.

En *Navarra* discrepan los autores acerca de si existía ó no la patria potestad; divergencia nacida, sin duda, de la deficiente expresión del Fuero en este punto, y que ha dado lugar á diversas interpretaciones; pero si en el derecho escrito la solución se presenta dudosa, no así en la costumbre y en la práctica, toda vez que tratándose de una institución que en el orden natural existe y no puede menos de existir, la patria potestad tenía vida propia en Navarra, como lo comprueba el hecho mismo de la existencia de leyes acerca de la mayor edad, fijada primero por el Fuero general en los siete años, y elevada después por el Amejoramiento del Fuero á los catorce en los varones y doce en las hembras; precepto á su vez modificado por la costumbre, que no reconocía capacidad plena sino á los veinticinco años. También comprueba la existencia de la patria potestad el derecho alimenticio entre padres é hijos, reconocido expresamente en la legislación navarra.

En *Vizcaya* no cabe duda de que existió legalmente organizada la patria potestad, por más que aparece comprendida bajo el concepto de la tutela. Así se deduce de la ley 1.ª, tít. 22 del Fuero, que establece que «fallecidos marido ó mujer, y quedando hijos ó descendientes de ellos, el padre ó madre que

Digitized by Google

vivo quedare sea legítimo tutor y administrador de los tales hijos»; que «el tal padre goce y lleve el *usufructo* de los bienes de sus hijos todo el tiempe que él ó sus hijos ó cualquiera de ellos estuviere sin casar»; que «el padre tiene *poderío paternal* en los hijos en todo el tiempo que el hijo estuviere por casar, *pero no la madre»;* que «el padre, así que salgan sus hijos de la dicha edad pupilar (pues no se casa y los tiene en su *poderío* y es *usufructuario* de los bienes de ellos), pueda ser libremente su legítimo administrador hasta que ellos sean *emancipados»*, y que «en casándose padre ó madre, los menores sean luego proveídos de otros tutores ó defensores, unos de parte del padre, otros de la madre, según de uso está declarado».

La mayor edad se fijó en veinticinco años, pero los mayores de dieciocho podían administrar sus bienes, si acreditaban ante el Juez ser «suficiente sagaces y diligentes, y tales, que pueden gobernar á sí y á sus bienes», como dice la ley 2.ª del citado título.

Continuó después la legislación en España desenvolviéndose sin ofrecer novedad alguna en cuanto á la esencia fundamental de la patria potestad, hasta que se inicia la época que puede llamarse contemporánea con la Revolución francesa hecho histórico que, preparado por el espíritu filosófico en la ciencia y por el espíritu de libertad en la política, origina una nueva vida en todos los órdenes de la sociedad, sin sustraerse á esta influencia el orden jurídico, y resultando en consecuencia que el derecho de familia y, por lo tanto, la patria potestad, se desenvuelve desde entonces bajo principios más conformes con el derecho natural.

En nuestra patria, sin incurrir en extravíos tales como la disolución del matrimonio por el divorcio, y otros semejantes, se llegó, ya bien avanzado el siglo, á condensar todo el caudal de doctrina que respecto á la organización de la familia señalaba como mejor el progreso jurídico, en la conocida ley de Matrimonio civil, una de las más notables y acabadas

Digitized by Google

obras legislativas de nuestra época, y cuyos preceptos sobre la patria potestad constituyen hoy el derecho vigente, salvo las especialidades de las legislaciones forales, por formar parte en lo fundamental, y, por tanto, con diferencia de accidentes y dicción, del Código civil.

(Se continuará).

JOSÉ PORCEL Y SOLER,
Juez de primera instancia de Huelma (Jaén).

Digitized by Google

CÓDIGO CIVIL *

Doctrina del Tribunal Supremo.

RETRACTO LEGAL.—*Concepto del retracto, extensión del derecho de copropiedad, y si el derecho de retraer tiene efecto en los censos enfitéutico y reservativo.*—Interpretando el Tribunal Supremo los artículos 1521 y 1522 del Código civil, ha sentado la doctrina, en cuanto á los fines jurídicos del retracto, de que el derecho otorgado en el art. 1521 tiene por objeto refundir en una sola persona el dominio pleno de las fincas, evitando con ello los inconvenientes que la desmembración del mismo produce para el desenvolvimiento de la propiedad; razón por la cual el Código civil concede la facultad de retraer cuando existe verdadera comunidad de un predio, en el caso de enajenarse ó darse en pago á un extraño la parte de todos los demás condueños, ó de alguno de ellos, como expresamente lo dispone el art. 1522.

Pero la doctrina del Supremo otorga mayor extensión al retracto legal, fijando con acierto el concepto de ese derecho, que, según el art. 1521, podrá únicamente ser ejercitado cuando el extraño adquiere la cosa común por *compra* ó *dación en pago*. La sentencia de 9 de Marzo de 1893, *Gaceta* de 5 de Septiembre siguiente, establece al efecto: 1.°, que en el censo enfitéutico y reservativo subsiste el retracto legal, porque realmente constituyen tales transformaciones del dominio verdaderas

* Véanse las páginas 846 y 865 del tomo 82, y 116 y 388 del 83 de esta REVISTA.

Digitized by Google

enajenaciones; 2.°, que es utilizable el retracto, asimismo, en los foros, en la *rabassa morta* y en los contratos análogos al de censo; sin que obste á su ejercicio la separación é independencia que hay entre los derechos que comprende el dominio directo y los inherentes al dominio útil.

Ya de antiguo (Sentencia de 23 de Febrero de 1847) había dicho nuestro Tribunal de Casación, que cuando la propiedad de las heredades se hallaba dividida de tal modo que á unos pertenecía el dominio del suelo y á otros el del arbolado sito en el mismo predio, el dueño de la superficie carecía de acción para impedir al del arbolado el aprovechamiento de éste. Ahora, á la vista de las doctrinas del Código civil sobre la comunidad de bienes, ha fijado en la referida sentencia de 9 de Marzo de 1893 la idea de la copropiedad, entendiendo que no pueden menos de reputarse copropietarios de cosa común al que tiene derecho de siembra y á aquél á quien pertenece el arbolado, ya por la subordinación de los respectivos derechos, ya porque no es lícita la perturbación de ellos en menoscabo ó detrimento de uno ú otro condueño. Por cuyas razones, el Supremo estima copropietarios al dueño del suelo y al que lo es del arbolado, robusteciendo en su consecuencia la nueva sentencia la doctrina de la de 23 de Febrero de 1847, que había denegado toda acción contraria á ese concepto de la copropiedad, permitiendo, en cambio, conforme al art. 1521, el derecho de retracto por ministerio de la ley.

***

RATIFICACIÓN DEL PODER OTORGADO POR EL MARIDO Á SU MUJER PARA COMPARECER EN JUICIO.—*Interpretación del artículo 60 del Codigo civil.*—La mujer casada no puede comparecer en juicio sin licencia de su marido, fuera de los casos de excepción de modo expreso determinados en el párrafo segundo del art. 60 del Código civil.

Interpretando ese precepto el Tribunal Supremo, ha establecido, en sentencia de 16 de Mayo de 1893, *Gaceta* de 27 de

Digitized by Google

Septiembre siguiente: que otorgado á la mujer casada por su marido poder especial para obligarse y comparecer en juicio, y demandada aquélla ejecutivamente, no se infringió la citada disposición legal, ni el art. 1467 de la ley de Enjuiciamiento civil al citarla en persona de remate, sin procurar la ratificación del marido, ni aun es preciso exigirla en tal acto la exhibición del poder; porque apoyándose la sentencia recurrida, entre otros fundamentos, en que desde la fecha de la escritura de poder tenía la ejecutada personalidad para comparecer en juicio, era evidente la tenía también para ser citada de remate, sin que el no habérsela requerido para la exhibición del poder debilitase el fundamento de la sentencia, porque ello en nada afectaba á la eficacia y validez de la escritura pública y solemne de poder otorgado por su esposo, que era lo esencial en el caso debatido.

***

SOCIEDAD DE GANANCIALES.—*Interpretación del art. 1408 del Código civil.*—El Tribunal Supremo, declarando haber lugar al recurso, estableció en sentencia de 18 de Abril de 1893, publicada en la *Gaceta* de 20 de Septiembre: que si bien el núm. 5.º del art. 1408 del Código civil ordenaba fuesen de cargo de la sociedad de gananciales el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno solo de los cónyuges, no imponía aquel precepto en modo alguno á dicha sociedad la obligación de sufragar los gastos de los litigios suscitados por el interés y en defensa del hijo ó hijos habidos por cualquiera de los cónyuges en su anterior matrimonio. Si aquéllos careciesen en absoluto de bienes, dice muy discretamente el Supremo, deben ser declarados pobres, siquiera el segundo marido de su madre posea los suficientes para que ni él ni su segunda esposa, puedan obtener la declaración legal de pobreza.

No se opone á tal doctrina la consideración de que aun siendo personal el beneficio de la pobreza, haya que tener en cuenta

Digitized by Google

las circunstancias especiales que concurran cuando se trata de personas cuyos derechos son inseparables, como los de la mujer casada y los de los hijos sometidos á patria potestad; porque en el caso de la sentencia expuesta, no se trata de hijos sujetos á la potestad paterna, respecto de los cuales es claro el precepto del núm. 1.º del art. 155 del Código civil, sino de hijos de matrimonio anterior que no se hallan en la patria potestad, y sobre cuyos bienes no tienen los segundos consortes ni la administración legal, ni ninguno de los derechos consignados en los artículos 159, 160 y 161 de indicado Código civil.

***

SERVIDUMBRES.—*El principio de que las servidumbres son indivisibles no se opone al derecho de redención otorgado respecto á la servidumbre de pastos. Servidumbre de vistas. Indemnización de daños y perjuicios en las servidumbres de aguas.*—El principio de la indivisibilidad de las servidumbres, consignado en el artículo 535 del Código civil, significa que cuando el predio dominante se divide entre dos ó más condueños, cada uno de ellos puede usar por entero de su derecho, no alterando la naturaleza y efectos de la servidumbre, ni agravando ésta de otra manera; y por el contrario, si es el predio sirviente el que se divide, no por ello la servidumbre se modifica, sino que cada uno de los nuevos propietarios tiene que tolerarla en la parte que le corresponda.

Como verdadera excepción de esa regla general, establece el art. 603 de dicho Código, que el dueño de terrenos gravados con la servidumbre de pastos podrá redimir esa carga mediante el pago de su valor á los que ostenten el derecho á la expresada servidumbre. Fijando el Tribunal Supremo la recta interpretación de los artículos 535 y 606 del Código civil, ha establecido en sentencia de 11 de Noviembre de 1892, *Gaceta* de 24 de Diciembre siguiente: 1.º, que el principio de la indivisibilidad de las servidumbres, establecido en el art. 535 del

Digitized by Google

Código civil, tiene por objeto mantener en su originaria integridad el gravamen en que consistan, aun en el caso de división de los predios; 2.º, que ese derecho no se opone al que, en absoluto y sin limitación alguna, otorga *de modo especial* el artículo 603 del propio Código, al dueño de toda heredad gravada con la servidumbre de pastos para redimir dicha carga mediante el pago de su valor, sean uno ó más los que posean el derecho á la servidumbre que pese sobre las fincas gravadas. En cuanto á la forma de verificar la redención, ocioso es recordar que ha de estarse ante todo á lo convenido, y á falta de convenio expreso, habrá de fijarse el capital para ser redimida la carga, sobre la base del 4 por 100 del valor anual de los pastos, regulado éste mediante el aprecio de peritos.

Interpretando asimismo el Tribunal Supremo el art. 582 del Código civil sobre ciertas prohibiciones impuestas al dueño de las fincas urbanas, en relación con el que lo es de otras inmediatas, ha consignado en sentencia de 6 de Junio de 1892, publicada en la *Gaceta* de 22 de Agosto del mismo año: 1.º, que con objeto de impedir la inspección del fundo inmediato, dispone el art. 582 del Código civil que no puedan abrirse ventanas con vistas rectas, ni balcones ú otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de separación entre la pared en que se construyan y dicho predio, sin que tampoco puedan tenerse vistas de costado ú oblicuas á no mediar 60 centímetros de distancia; 2.º, que dicho precepto legal es aplicable á la construcción de un terrado ó azotea que por su extensión y altura equivalga á un balcón, porque donde se prohibe lo menos queda prohibido lo más; y 3.º, que el derecho de alzar la pared, otorgado en el art. 577 á todo medianero, no se opone al que corresponde al vecino para oponerse á la construcción de aquella pared con la mencionada terraza, puesto que el artículo 582 es una verdadera limitación de lo autorizado de modo general por el 577.

También ha resuelto el Supremo (Sentencia de 22 de Abril de 1892, *Gaceta* de 5 de Agosto), que cuando no se trata de da-

Digitized by Google

ños y perjuicios derivados de la servidumbre necesaria de recibir el predio inferior las aguas que naturalmente descienden de los predios superiores, sino de daños causados por actos ú omisiones del hombre, que agravan los efectos de la servidumbre expresada, carecen de aplicación el art. 552 del Código civil, en relación con los artículos 69, 71 y 72 de la vigente ley especial de Aguas, puesto que los daños y perjuicios no emanados de la naturaleza de la propia servidumbre, deben regularse por el principio jurídico de que, si bien el dueño de una cosa puede hacer en ella y de ella lo que por conveniente tenga, esa facultad no es tan absoluta que le permita lesionar el derecho de un tercero; principio desenvuelto en los artículos 348 y 350 de nuestro vigente Código civil.

***

TESTAMENTOS.—*Reconocidos por el padre en su testamento determinados hijos como naturales, pueden aquellas personas á quien tal reconocimiento perjudique hacer uso de la acción otorgada en el art. 138 del Código civil.*—Habiendo un testador reconocido en su testamento á varios hijos suyos en concepto de naturales, y combatido tal reconocimiento por otro hijo también natural de aquél, el Tribunal Supremo (Sent. de 9 de Junio de 1893, *Gaceta* de 19 de Octubre siguiente) casó la sentencia recurrida en cuanto declaró no haber lugar á la nulidad de la cláusula de reconocimiento é institución consiguiente de herederos, estableciendo como doctrina: 1.°, que el art. 130 del Código civil no define la filiación natural, sino que dándola por definida en el art. 119, y presuponiendo la facultad que el 129 otorga á los padres para que cada cual de ellos pueda reconocer separadamente al hijo que tenga la cualidad de natural, se limita á declarar, como una lógica consecuencia de tal facultad, que el hijo así reconocido se presume natural, siempre que quien lo reconoce tuviese capacidad para contraer matrimonio al tiempo de la concepción; 2.°, que las presunciones

Digitized by Google

establecidas por la ley pueden destruirse mediante la prueba en contrario, excepto cuando la ley expresamente lo prohibe; 3.º, que, salvo las restricciones deducidas de lo dispuesto en el Código civil, respecto á la investigación de la paternidad y maternidad, está expresamente permitido contrariar la presunción establecida en el art. 130, puesto que el 138 concede á las personas que resultaren perjudicadas por el reconocimiento del hijo natural, acción eficaz para combatirlo, no solamente cuando se hubiere faltado á las prescripciones relativas al acto mismo del reconocimiento, sino también cuando éste recayese en favor de un hijo que no reuna las condiciones que para ser calificado de natural requiere el mencionado artículo 119; 3.º, que la prohibición de revelar el nombre del padre ó madre que no concurrieren al reconocimiento del hijo natural, hecho separadamente por cualquiera de los dos, se refiere á todas luces á dicho acto, en el cual, tanto por su carácter unipersonal, como por otro orden de razones, no cabe imputar á tercero una paternidad por éste no admitida voluntariamente; pero dicha prohibición, contenida en el art. 131, no envuelve la de que ese nombre se revele en cualquiera otro de los casos permitidos por la ley, toda vez que esto pugnaría con el ejercicio que ella otorga al mismo hijo reconocido por uno solo de sus padres para serlo también por el otro que no concurrió al reconocimiento, acción concedida también á cualquier tercero perjudicado para impugnarlo hasta en lo sustancial, ó sea en cuanto por virtud del reconocimiento se atribuye ilegalmente á un hijo el concepto de natural; y 4.º, que tratándose de la acción encaminada á obtener la nulidad de una cláusula testamentaria, no existe razón jurídica que se oponga al ejercicio de la acción otorgada de modo expreso en el artículo 138 del Código civil, al que se estime perjudicado por el reconocimiento de un hijo natural, por lo cual esa cuestión debió resolverse en el mismo juicio de nulidad conforme al resultado de las pruebas practicadas, sin reservas para sucesivos juicios.

***

Digitized by Google

SOLEMNIDADES DE LOS TESTAMENTOS.—*Es nulo el testamento cuando la persona del testador no ha sido debidamente identificada.*—Previene el art. 685 del Código civil, que el Notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y caso de no conocerle, habrá de hacerse constar la identificación en la manera prefijada en dicho artículo y en el 686, bajo la nulidad del acto, establecida en el 687. Si, pues, en un testamento otorgado bajo la legislación vigente, ó sea rigiendo ya el Código civil, se consignan las señas personales de la persona otorgante, y se añade que los testigos no conocían á ésta, si bien era conocida del Notario, sin hacer declaración alguna respecto á la imposibilidad de identificar á la testadora, es manifiesta la nulidad del testamento, conforme al art. 687 del Código civil. Así lo entendió el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de Mayo de 1893, *Gaceta* de 8 de Octubre siguiente; fundando su interpretación: 1.°, en que para testar válidamente ante Notario, cuando éste y dos de los testigos instrumentales no conozcan al testador, es preciso que se identifique la persona del último por medio de otros dos testigos, en la forma prevenida por el art. 685 del Código civil, y caso de no ser esto posible, han de observarse las formalidades establecidas para tal eventualidad por el 686; 2.°, que después de fijar este art. 686 el caso especial en que su aplicación es lícita, ó sea cuando no pudiera identificarse la persona del testador por otros dos testigos de conocimiento, á más de los instrumentales, previene que se declare tal circunstancia por el Notario autorizante, cuya formalidad—tanto más esencial, cuanto que la declaración notarial exigida por el Código se refiere á la causa que permite testar del modo supletorio que el mismo establece—no puede reputarse cumplida con la simple expresión de que los testigos del testamento desconocen al testador; pues con ello se consigna tan sólo una de las varias circunstancias que determinan la necesidad de que se haga dicha declaración; y 3.°, que por tales razones es procedente el recurso y la declaración de nulidad del testamento, en el cual el Notario

Digitized by Google

omitió una de las formalidades requeridas por el art. 687 del Código civil.

***

SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO ABIERTO.—*No puede prescindirse de la formalidad de redactar por escrito el testamento, sino en caso extremo de imposibilidad material.*—Habrá de otorgarse el testamento abierto ante Notario hábil para actuar en el lugar en que aquél fuese otorgado, con presencia de tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, de los cuales uno, á lo menos, sepa y pueda leer y escribir. Es este un principio general que en realidad define las solemnidades de forma propias del testamento abierto, principio consignado en el artículo 694 de nuestro Código civil. Excepción de esa regla son los artículos 700 y 701, pues, según ellos, en caso de inminente peligro de muerte, ó de epidemia, puede el testamento ser otorgado, sin intervención de Notario, ante cinco testigos idóneos en el primer caso, ó ante tres testigos mayores de dieciséis años, hombres ó mujeres, en el segundo; escribiéndose en ambos el testamento, salvo imposibilidad de efectuarlo.

Esa formalidad de la escritura exigida terminantemente por nuestras leyes civiles, y de la cual, fuera del caso de absoluta imposibilidad no cabe prescindir, tiende, según ha dicho el Tribunal Supremo (sentencia de 16 de Febrero de 1891, *Gaceta* de 27 de Marzo del mismo año), á impedir que pueda falsearse la voluntad del testador, con arreglos ó confabulaciones ulteriores, procurando por ello el Código dar al acto del otorgamiento mayores garantías. Y como la ley no distingue entre *formalidades* y *solemnidades* de los testamentos, sino que emplea indistintamente uno y otro concepto, por ser ambos sinónimos y referirse á la forma ó modo de hacer el otorgamiento, cuando sin mediar imposibilidad, se omite la redacción por escrito del testamento, éste es nulo, conforme á lo preceptuado en el art. 687, que se refiere precisamente á la inobservancia de las formalidades prescritas para cada caso.

***

Digitized by Google

CAPACIDAD DEL TESTADOR.—*La Sala sentenciadora debe apreciar la capacidad del otorgante por el resultado de las pruebas aducidas en el juicio.*—Según el art. 663 del Código civil, el que habitual ó accidentalmente no se halla en su cabal juicio está incapacitado para testar, determinándose en el 665 las formalidades que habrán de observarse cuando el demente pretenda hacer testamento. Claro es que para la apreciación de la capacidad del otorgante habrá de atenderse únicamente al estado en que aquél se hallare al tiempo del otorgamiento. Declarado nulo por la Sala sentenciadora un testamento otorgado por una persona sometida á curaduría ejemplar, habiendo el Notario otorgante dado fe de hallarse la testadora en el pleno uso de sus facultades intelectuales, certificando tal extremo dos médicos presentes al acto, se interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, fundándole: 1.°, en la infracción del art. 665 del Código civil, porque en el testamento declarado nulo se habían cumplido todas las formalidades en el mismo prevenidas; 2.°, en la infracción igualmente del art. 666, porque para apreciar la capacidad del demente había de atenderse tan sólo al tiempo del otorgamiento, siendo aplicables en Cataluña los dos artículos citados, pues según el 12 del Código civil, éste rige allí como supletorio, y ni en el municipal ni en el romano, ni en el canónico, hay ley alguna que determine las condiciones de los testamentos de los dementes; y 3.°, que la ley 18, tit. 1.°, libro 28 del Digesto, citada en el fallo, era contraria al párrafo primero, tit. 12, libro 2.° de la *Instituta*, que no extiende la prohibición de testar á los sometidos á la interdicción de sus bienes por causa de demencia. Mas el Tribunal Supremo (Sent. de 7 de Junio de 1893, inserta en la *Gaceta* de 19 de Octubre siguiente) declaró no haber lugar al recurso, sosteniendo por ello la nulidad del testamento. Funda su doctrina el Tribunal de Casación en que, al estimar nulo el testamento, la sentencia recurrida, lo hizo por virtud del resultado de las pruebas, que la Sala apreció en virtud de sus privativas facultades, cuya apreciación no fué impugnada en la forma pres-

Digitized by Google

crita por el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, refiriéndose por otra parte el Tribunal sentenciador al tiempo del otorgamiento para apreciar la incapacidad de la testadora, por lo cual no resulta infringido el art. 666 del Código civil. Fijando en la propia sentencia el Supremo la recta interpretación del art. 665 del Código, establece como doctrina: que además de ordenar terminantemente dicho artículo que sea el Notario quien designe los dos Facultativos que han de reconocer al demente, cuyo requisito no se había cumplido, aquel artículo no se opone á que acerca de la capacidad ó incapacidad del testador se aduzcan otras pruebas, de cuyo contexto se deduzca la cuestión litigiosa que se promueva sobre tales extremos; doctrina que anteriormente al Código civil había venido sosteniendo el Supremo. En cuanto al derecho foral, consigna el fallo que analizamos: que la legislación romana se halla sustancialmente conforme con los preceptos del Código civil; toda vez que la ley 9.ª, libro 6.º, tít. 23 del Código de Justiniano, no es derogatoria de la 16, libro 28, título 1.º del Digesto, á la cual sirve de complemento; ni el párrafo 2.º, lib. 2.º, tít. 12 de la *Instituta*, que prohibe testar al que está declarado pródigo, ha derogado tampoco la ley 18, título 1.º, libro 28 del Digesto, que establece igual prohibición respecto del demente ó incapaz á quien se ha privado de la administración de sus bienes.

***

REVOCACIÓN DE LOS TESTAMENTOS.—*El art. 737 del Código civil no reconoce eficacia á la cláusula* AD CAUTELAM.—Es propio de toda clase de disposiciones testamentarias ser esencialmente revocables, aun cuando el testador exprese su voluntad de no revocarlas, teniéndose en su consecuencia por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, igualmente que aquellas en que el otorgante ordene no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas señales ó palabras.

No reconoce ya, por tanto, nuestro vigente Código civil en

Digitized by Google

su art. 737 valor alguno á la cláusula derogatoria ó *ad cautelam*; cláusula que en la antigua jurisprudencia no tuvo otro objeto que el de asegurar, enfrente del principio general de la revocabilidad de los testamentos, la subsistencia de los en que la citada cláusula aparecía consignada. El testamento anterior queda hoy revocado de derecho por el posterior, siempre que la revocación conste hecha con las propias solemnidades exigidas para testar, y á menos que el testador exprese su voluntad de que la disposición testamentaria anterior subsista en todo ó en parte, ó ella recobre toda su fuerza por la revocación clara y explícita del testamento posterior.

Explicando esta doctrina el Tribunal Supremo (Sent. de 17 de Octubre de 1892, *Gaceta* de 19 de Diciembre siguiente), ha entendido acertadamente que no es necesario que en los testamentos se consigne de manera expresa la revocación de los anteriores otorgados con la cláusula *ad cautelam*, si éstos habían perdido toda su fuerza y eficacia legal por la muerte de los herederos instituídos, ocurrida antes que la del testador, porque no pudiendo aquéllos adir la herencia, no transmitían derecho alguno *ex testamento* ni *abintestato*. En consecuencia de esa doctrina, el Supremo no ha reconocido eficacia legal á un testamento otorgado mancomunadamente por marido y mujer, cuando la institución hereditaria quedó invalidada por la muerte de los herederos instituídos, ocurrida antes que la del testador, sin que sea preciso para sostener la validez del testamento posterior, consignar que quedaba revocado el anterior, el cual *ipso facto* había perdido todo su valor, sin necesidad de decirlo señaladamente, como en el antiguo derecho prevenía la ley 22, tít. 1.º, Partida 5.ª

La Redacción.

Digitized by Google

REVISTA DE LA PRENSA JURÍDICA EXTRANJERA

POR

JERÓNIMO VIDA,

Catedrático de la Universidad de Granada.

El castigo de la mendicidad y de la vagancia (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 13, núm. 1.º, págs. 1-16).

La plaga de mendigos y vagos que inundó á Alemania hacia la mitad del año 70 y que no ha desaparecido todavía, ha provocado una actividad social muy viva y meritoria, creadora de una porción de instituciones, que no sólo han evitado muchos males, sino que han producido grandes beneficios. En cambio, los órganos del Estado, llamados á combatir y acabar con el mal de que se trata, no se han mostrado, desgraciadamente, capaces de llenar esta misión suya, quedando sus esfuerzos muy por bajo de los trabajos espontáneos de la sociedad.

Y sin embargo, el resultado apetecido sólo puede esperarse de una cooperación consciente de ambos factores. No estará demás, por tanto, que investiguemos las causas de la deficiencia de la acción del Estado en la lucha contra la mendicidad y la vagancia, y que propongamos después los remedios.

El código penal alemán (art. 361, números 3 y 4) conmina la pena de detención al que anda de aquí para allá como vago, así como al que mendiga ó induce ó envía á mendigar á niños, ó no impide que mendiguen á las personas que están bajo su poder y vigilancia y forman parte de su casa; pero no dice la ley qué debe entenderse por mendicidad y vagancia punibles, y esta falta de determinación del concepto de ambas infracciones hace posible que se conciban por modo distinto por los jueces, dando lugar al peligro de una aplicación desigual del derecho.

La pena de detención, consistente en simple privación de libertad de un día hasta seis semanas, parece demasiado leve para muchos casos de mendicidad ó vagancia ejecutados habitual ó profesionalmente, en vista del peligro que llevan consigo, aun teniendo en cuenta que los condenados pueden ser obligados á trabajar, según sus capacidades y circunstancias, dentro y fuera del establecimiento penal.

Digitized by Google

Fundándose en esto, el legislador ha determinado que los condenados, después de expiada la pena, pueden ser entregados á las autoridades de policía de su Estado, facultándolas para colocarlos en casas de trabajo hasta dos años, y para aplicarlos en trabajos de utilidad general. En caso de mendicidad, la policía tiene estas atribuciones sólo cuando el condenado lo ha sido muchas veces por el mismo hecho en los últimos tres años, ó cuando ha mendigado con amenazas ó armas. A los extranjeros se les puede expulsar del Imperio.

La debilidad de estos preceptos está en que se confía su aplicación al libre arbitrio de los jueces y de las autoridades de policía, pues las estadísticas demuestran que son muy pocos los casos de mendicidad y vagancia en que entienden los tribunales, menos todavía aquellos en que se entrega el condenado á la policía, y de cortísima duración (de dos á tres días) las penas que se imponen por lo general, resultando de todo esto que no hay motivo para maravillarse de que se haya conseguido tan poco hasta ahora, por el camino de la represión, para atenuar el mal de que se trata.

A esto se añade la aplicación indebida en muchos casos del art. 211 de la ley de procedimiento criminal, lo cual hace que casi todos los mendigos y vagos que se llevan ante los tribunales sean juzgados con asentimiento del Ministerio fiscal, sin asistencia de los escabinos. Rara vez el acusado declara que ha sido ya condenado antes, ni se procura averiguar esto de oficio, por considerarlo demasiado minucioso y dilatorio, y así es que, en muy pocos casos, se aplican los preceptos severos para la reincidencia en la mendicidad y tiene lugar la entrega á la policía para la colocación en casas de trabajo.

Además, muchas veces, por razones financieras, la persecución judicial de la mendicidad, etc., queda abandonada á las autoridades de policía de los Estados, en los cuales los gastos de custodia, transporte, depuración, etc., de los vagos y mendigos, incumben á los municipios ó pequeñas asociaciones locales.

Finalmente, por lo que toca á la ejecución de las penas de detención impuestas por mendicidad, etc., todos están conformes en que su gran defecto está en la ociosidad de los detenidos, que constituye la regla casi sin excepción. Repugna á la razón y subleva los sentimientos morales que el mendigo y el vago, á quienes el odio al trabajo ha llevado á la prisión, sean mantenidos en ella en la ociosidad por virtud del derecho. Así, al mismo tiempo que se entregan al ocio apetecido, reciben á costa del Estado una alimentación que no suelen hallar en sus á veces muy desgraciadas correrías. Las pequeñas prisiones, con sus locales de detención común, son escuelas de vicio y corrupción para los reclusos más jóvenes, y los habituados encuentran siempre en ellas nuevas ocasiones de ensanchar sus malos conocimientos, perfeccionarse en la práctica del oficio, y especialmente, de aprender cómo puede eludirse con más seguridad la acción de la justicia.

Digitized by Google

Tampoco produce el efecto apetecido la detención subsiguiente ejecutada en las casas de trabajo, porque estos establecimientos no responden á una gran parte de su fin. Su administración y gobierno incumbe, en muchos Estados, á juntas comunales, y están muy por bajo de las de los establecimientos penales del Estado, no habiendo penetrado todavía en ellos las reformas que en los últimos decenios se han introducido en éstos, y que han contribuido á su mayor eficacia, tales como la clasificación de los detenidos, el aislamiento, la libertad provisional, etc. Un defecto capital suyo debe verse en que, la aspiración suprema de estos establecimientos de policía en el tratamiento de los detenidos, es la corrección, cuando está fuera de duda la incorregibilidad del mayor número de ellos, y por tanto, demostrada la necesidad de perseguir el fin de la intimidación y de la seguridad.

Para evitar la inseguridad y desigualdad en la aplicación de la ley de que nos hemos quejado, es necesario ante todo insistir en que se determine el concepto de la mendicidad y la vagancia, en que se precisen todos los elementos constitutivos de estos hechos. Las legislaciones que merecen especialmente nuestra consideración, coinciden en exigir como elementos esenciales de la vagancia: 1.°, errar ó andar de aquí para allá; 2.°, ociosidad; 3.°, falta de medios en el que vaga. No se exige en todas partes la falta de domicilio, ni libra de la acusación de vagancia la prueba de que el acusado trata de procurarse medios de subsistencia. Me parece exacta la idea de que la falta de domicilio no es un elemento esencial de la vagancia, porque conozco muchos gitanos que no sólo tienen en un municipio determinado una residencia fija, sino que poseen en él casas y fincas, y sin embargo, llevan la mayor parte del año una vida de vagancia. La falta de residencia, que puede no ser culpable, puede justificar sin duda, en circunstancias dadas, el errar de aquí para allá, ó hacerlo necesario, por manera que aparezca como circunstancia atenuante.

Según el derecho austriaco, no puede castigarse como vago al trabajador errante, cuando puede probar que busca trabajo, y por tanto, que se esfuerza por procurarse honradamente los medios de subsistencia. Esta concepción se apoya sobre la consideración exactísima de que la punibilidad de la vagancia se funda en el peligro para la seguridad pública, y por el vagar de obreros en busca de trabajo y de salario legal, no se produce generalmente un peligro para el orden y la seguridad. El vago quiere vivir á costa de otro y atiende con las limosnas á los gastos de viaje: la idea del trabajador que vaga no es la de molestar ó perjudicar á otro, sino que, por el contrario, quiere hacerse útil á los demás por el trabajo que busca. Este es el elemento esencial que le distingue del vago, y que merece ser tenido en cuenta.

Por lo que toca al concepto de la mendicidad, las leyes austriaca y húngara exigen que tenga lugar en paraje público ó de casa en casa, y la primera castiga además como mendicidad, el acogerse á la beneficencia pública

Digitized by Google

por odio al trabajo. El código holandés exige también la ejecución en público, y el italiano supone en el delincuente aptitud para trabajar, castigando la mendicidad de los incapaces sólo cuando se realiza sin sujeción á las prescripciones legales. El Dr. Köhne ha dado una definición completa de la mendicidad en el sentido penal, diciendo que es una petición de limosna, esto es, de un donativo para la satisfacción de las necesidades de la vida, dirigida á persona que no tiene una obligación moral de socorrernos. Por esto, según dicho autor, no es punible la petición que tiene por fin un donativo remuneratorio, ó que se dirige á sociedades benéficas, fundaciones, parientes y amigos íntimos.

El fundamento de la punibilidad de la vagancia y de la mendicidad está en el peligro con que amenazan á la seguridad pública gentes sin trabajo ni recursos, que vagan por el país; pero en la mendicidad hay, además, un ataque al derecho ajeno, un daño á la fortuna de otro, mientras que la vagancia aparece sólo como delito de peligro, no como delito de perturbación. Ambos hechos los trata el código penal alemán como *faltas* y los castiga con detención de un día hasta seis semanas, apreciándolos desde el punto de vista de la teoría de la justicia, según la cual aparecen como leves.

Pero no podía ocultarse al legislador su otro aspecto, es decir, el peligro con que amenazan la seguridad y el orden público, y fundándose en la convicción de que este peligro no puede combatirse con penas de libertad breves y ligeras, ha sobrecargado á las acciones de que se trata con una pena accesoria que supera diecisiete veces á la principal. ¡No puede darse prueba más convincente de la insuficiencia y falsedad de la teoría de la retribución ó de la justicia! Esta pena accesoria, que no está autorizado á imponer el juez, sino la policía, y que no merece tal nombre, porque supera á la principal en duración é intensidad, no es en el fondo más que una pena de prisión según la define el código, esto es, una pena de privación de libertad con coacción á un trabajo proporcionado á las aptitudes y circunstancias de los condenados.

Contra este proceder se objetará, con razón, que si el castigo de la mendicidad y la vagancia aspira á la represión de estas acciones peligrosas, la pena debe responder completamente, por su naturaleza y su duración, á esta idea, y así debe establecerse: que la medida de la pena se determina por la *peligrosidad* de las acciones que se castigan; que la especie de la pena tiene que guiarse por la conducta del delincuente frente á la sociedad, tiene que adaptarse á su manera de ser antisocial.

No tiene justificación posible que el legislador, por amor á una idea impracticable, no ponga á disposición del juez las armas necesarias para luchar contra la injusticia y para mantener el orden jurídico, remitiendo, por el contrario, á la sociedad, en este respecto, al auxilio de la policía.

El legislador ha debido declarar los hechos de que tratamos, lo que en

Digitized by Google

realidad son, á saber, *delitos* de peligro general que merecen se les castigue con la pena de prisión hasta dos años, pues no hay razón para señalarlos y tratarlos como *faltas*.

Faltan datos para poder apreciar debidamente si las penas conminadas por el legislador alemán contra la mendicidad y la vagancia, son suficientes, aunque algo dice en sentido negativo la circunstancia de que todos, más ó menos, tenemos que defendernos por nosotros mismos contra los ataques de los mendigos; pero, sin pretender ensanchar los límites de un día hasta dos años de privación de libertad señalados por la ley, tengo por indicadas para el castigo de ambos delitos las observaciones siguientes:

En la vagancia debería introducirse la misma distinción que en la mendicidad, considerando como agravada ó cualificada la que se ejecutare con amenazas ó armas.

La reincidencia debería considerarse, no como un grado más elevado de delito, sino como una causa de elevación de pena.

Como límite penal para los grados más inferiores de mendicidad y vagancia, debería fijarse la prisión de un día hasta un año, y para los grados más elevados, de seis semanas hasta dos años.

Para asegurar el efecto elevador de la pena de la reincidencia, debería disponerse que el juez no pudiera descender, en caso de segunda reincidencia, por bajo de la mitad del máximum legal, autorizándole además para remitir al condenado, á cumplir su pena, á los establecimientos destinados para los incorregibles. Estas medidas sólo se adoptarían contra los mendigos y vagos habituales y profesionales, señalando, para evitar que se confundieran con ellos los individuos menos peligrosos, un plazo muy breve de prescripción de la reincidencia.

Como criterio para medir la pena, debería tenerse en cuenta si el acusado pudo acudir á los establecimientos destinados para la prevención de la mendicidad y la vagancia, ó si sus delitos no han sido motivados precisamente por la falta de tales instituciones.

Los beneficios que produciría la adopción de estas reformas, se pueden resumir como sigue:

La definición legal de la mendicidad y la vagancia garantizaría una mayor igualdad en la administración de justicia que hasta ahora.

Declarados *delitos* los hechos que nos ocupan, no podría aplicarse el artículo 211 de la Ley de procedimiento criminal, pues el procedimiento allí trazado sólo es aplicable á las *faltas*.

Con esto se obtendría una garantía segura de que se examinarían más cuidadosamente todos los casos, y especialmente, de que se pondrían de manifiesto las penas anteriores, asegurando con ello la aplicación de los preceptos de la reincidencia y una medida exacta de la pena.

La naturaleza y duración de la pena propuesta haría posible y favore-

Digitized by Google

cería la consecución del fin de la pena: corrección por intimidación, y seguridad por imposibilidad de dañar.

Limitando el arbitrio judicial, se reduciría considerablemente el número de las penas breves de libertad ineficaces ó que obran perjudicialmente.

La pena se impondría por modo más útil á la sociedad y ganaría en unidad y perfección en su ejecución, porque los establecimientos penales del Estado están mejor organizados y gobernados y confiados á un personal más idóneo que las casas de trabajo, á cargo de los municipios.

E. SICHART.

***

Los hombres y las teorías de la anarquía (*Archives de l'anthropologie criminelle,* tomo 7.º, núm. 42, págs. 609 636).

Los atentados de estos últimos años han llamado la atención pública sobre los anarquistas y sus teorías, que no caen dentro de la esfera de la sociología, ni de la filosofía, ni de la política, ni de la economía, sino de la antropología criminal. No son más que malhechores de derecho común, que tratan de disimular sus atentados bajo la máscara de teorías sociales tan insensatas como peligrosas.

Ravachol ha sido el tipo más característico y espantable del anarquista. Sólo podría comparársele Cyvoct, el primero que en Francia ha hecho pasar de la teoría pura á la práctica la doctrina de la *propaganda por la acción*. Cyvoct y Ravachol se parecen por la tendencia mística que abandona el fanatismo religioso para lanzarse en las locuras de la anarquía, por el entusiasmo por las teorías de su escuela, por la violencia del lenguaje, por la lógica implacable en la ejecución del crimen; pero se diferencian en que Cyvoct no ha robado nunca, ni ha asesinado para robar, ni ha cometido ningún crimen desprovisto de toda idea de revolución social; por esto queda por debajo de Ravachol, y no realiza, como éste, el tipo del perfecto anarquista.

Ravachol es completo: su vida es una lucha perpetua contra la sociedad; es á la vez contrabandista y ladrón, violador de sepulturas y asesino; todos los medios le parecen buenos para destruir á los que poseen; según las teorías puras de la *propaganda por la acción*, emplea todos los procedimientos: la estrangulación, el cuchillo, el revólver, el martillo ó la dinamita; según las teorías anarquistas, estudia con cuidado los compuestos químicos para servirse de ellos con gran éxito. Ravachol era vanidoso y embustero como todos los criminales: cuando se estaba jugando la cabeza, lo que más le preocupaba era el reclamo que se hacía alrededor de su nombre y de sus hazañas. Era el tipo del criminal moderno, distinguiéndose del antiguo por los procedimientos y por las ideas: por los procedimientos, porque empleaba los descubrimientos químicos modernos; por las ideas, porque cubría los atentados la

Digitized by Google

derecho común con el manto de pretendidas teorías sociales; si mataba, robaba ó violaba sepulturas, era para dar de comer á los que tenían hambre. Pero en el fondo está siempre el mismo animal feroz, incapaz de trabajar, de apetitos rapaces y sanguinarios, que se encuentra en los bandidos de todos los tiempos. En la defensa que escribió, Ravachol descubre el secreto de todos sus crímenes, el de todos los malhechores, á saber, el deseo de apoderarse por la fuerza de lo que se apetece, la pereza de ganarse el sustento trabajando, la furia por gozar del bien ajeno por la violencia, sin que la conciencia haga oir su voz.

Los anarquistas se distinguen de todos los demás partidos, en que no piensan en mejorar ni en reformar, sino en destruir, mientras que las demás escuelas se proponen un ideal social más ó menos realizable; ellos ignoran absolutamente lo que se proponen hacer: lo que quieren es destruir, y destruir por todos los medios posibles: el robo, el pillaje, el asesinato, el incendio; lo que quieren es hacer tabla rasa de todo lo existente, sin ocuparse en reconstruir sobre las ruinas universales. Su pensamiento no va más allá de la destrucción de los monumentos públicos, de las fábricas, de las ciudades; el odio salvaje y la rabia furiosa del aniquilamiento de todo lo que existe, son sus guías; del día siguiente no se han ocupado nunca; destruir por destruir, borrar en un cataclismo espantable la civilización entera, es su fin; pero no saben lo que nacerá en medio de las cenizas amontonadas, en el terreno regado por la sangre de innumerables víctimas: para esto se remiten á las fuerzas de la naturaleza.

Estas teorías, bastante nebulosas, hicieron su aparición hace cosa de diez años en una hoja creada por el príncipe Kropotkine. El *Revolté*, órgano de los pocos discípulos de Kropotkine, vió caer en el vacío sus artículos y chocar con el desprecio de las clases obreras de la región del Haut Rhône. El *Revolté* penetró en Lyon hacia fines del año de 1881, encontrando algún eco y algunos energúmenos, que en el *Etendard revolutionnaire* primero, y en el *Droit social* después, sostuvieron, precisándolas, desarrollándolas y *particularizándolas*, las teorías anarquistas.

La destrucción de todo lo existente, la apología del asesinato de los patronos, del robo y del incendio, el apostolado de la *propaganda por la acción* es decir, de la ejecución de crímenes individuales, la indicación de los medios de obtener dinamita y de servirse de ella, un curso de química práctico sobre la manera de fabricar productos explosivos, tales eran los asuntos de los artículos del *Droit social*.

Algunos adeptos en Lausana y Ginebra, Kropotkine en Thonon, dos ó tres individuos aislados en París, uno ó dos grupos en Lyon, con ramificaciones en Saint Etienne, en Villefranche-sur-Saone y en Vienne, en junto cien personas á lo sumo, era la legión anarquista en 1882. Pero los anarquistas, con sus procedimientos de *propaganda por la acción*, no necesitaban ser muchos

Digitized by Google

para forzar á la opinión á ocuparse en ellos, como bien pronto demostraron.

En el número de 18 de Marzo de 1882, el *Droit social, particularizando* los medios de *propaganda por la acción*, señaló á la venganza de los anarquistas y á su dinamita una especie de café, establecido en el teatro Bellecour, en Lyon, y llamado vulgarmente la *Assommoir*, y la oficina de reclutamiento. El autor de estos artículos era un joven de veinte años, extraviado por las fantasías anarquistas, llamado Cyvoct. Pues bien; en una de las primeras noches del mes de Octubre de 1882, estalló un aparato cargado de dinamita en la *Assommoir*, hiriendo á dos obreros y matando á otro, y á la noche siguiente otra bomba de dinamita estalló junto á la casa que servía de oficina de reclutamiento.

El temor que se apoderó de los ánimos fué terrible; la cólera fué sobre todo violenta en los barrios obreros, que querían linchar á los autores del atentado, y el Gobierno, decidiéndose á obrar enérgicamente, hizo detener en una noche á Gautier en París, á Kropotkine en Thonon, y á todos los anarquistas conocidos en Lyón, Villefranche, Saint-Etienne y Vienne, acusándolos de infracción de la ley de 1872 sobre la Internacional.

En el proceso se pusieron de manifiesto las teorías y las doctrinas anarquistas, así como las fisonomías de los afiliados al partido. Presentan éstos, por lo general, los caracteres físicos del ser desgraciado por naturaleza, del hombre primitivo perdido en medio de la civilización moderna; en su mayoría, reproducen con bastante exactitud el tipo del criminal nato, trazado por la escuela antropológica: deformes, la frente deprimida, las manos afeminadas, aparecían á los ojos de todos tan mal equilibrados de cuerpo como de espíritu. Muchos tenían defectos físicos.

Había entre ellos individuos de categorías muy diversas: místicos soñadores, ignorantes, malhechores de derecho común. Había hombres que se habían dejado seducir por la palabra más ó menos ardiente de los apóstoles de la anarquía, y que, una vez condenados, imploraron la clemencia del Jefe del Estado, declarando que habían sido embriagados en las sesiones de la Federación, sin conecer ni su fin, ni sus doctrinas; había jóvenes, más ó menos calaveras, que se mostraban muy sorprendidos al ver que sus bromas se convertían en tragedias, y que los poderes públicos tomaban por lo serio sus conjuraciones; había obreros que habían leido mucho sin comprender lo que leían, haciendo la amalgama más extraña con todas las doctrinas; había malhechores vulgares, de derecho común, verdaderos animales sanguinarios; y por fin, dominándolo todo, estaba el hijo de las más autocráticas de las aristocracias, Kropotkine, que creía de buena fe que la condición social de los campesinos de Francia puede compararse á la de los siervos de Rusia. Esto, sin hablar de los verdaderos locos que también había y que declaraban que «habían hecho la anarquía», después de «haber sufrido sinsabores practicando el espiritismo».

Digitized by Google

Los anarquistas no piden reformas; para ellos «el sufragio universal es la mentira universal», y «enviar obreros á un Parlamento es obrar como una madre que llevara á su hija á una casa de prostitución». Lo que piden es la revolución violenta, la revolución por el hierro y el fuego, la revolución por el crimen colectivo y por el crimen individual. Por esto predican la abstención en todas las elecciones, tratando de ocultar la exigüidad de su número.

Propaganda por la acción y *Táctica revolucionaria*, son los dos epígrafes generales bajo los cuales los escritores y oradores anarquistas han agrupado todas sus enseñanzas. La *táctica revolucionaria* es la que deben seguir los *proletarios* en su lucha para la renovación social. Los folletos y los periódicos anarquistas indican los procedimientos más propios para destruir á los burgueses y sus habitaciones, los compuestos químicos más temibles para hacer saltar á la vieja sociedad. El robo, el saqueo, el incendio, todos los crímenes de derecho común erigidos en sistema de combate, tal es la anarquía. Todos estos crímenes, cometidos individualmente, con un fin de lucro ó de venganza, pues cada anarquista debe obrar como se le antoje, fuera de todo plan de organización general, aparte de toda jefatura; tales son los procedimientos, y en el fondo, el fin de la anarquía.

Distraer y desviar á las masas obreras de toda preocupación de naturaleza puramente política, afirmando que no hay nada que esperar de la política y de los políticos para la mejora material de los proletarios; exhortar á las clases trabajadoras á desinteresarse del ejercicio de los derechos que les aseguran las Constituciones, alegando que son puras ficciones, sólo respetados cuando el pueblo no hace uso de ellos; criticar el sistema representativo parlamentario, acusándolo de ser un instrumento al que han acudido las clases directoras para mantener su poder sobre el pueblo; pronunciarse en contra de todas las funciones electivas, pretendiendo que desde el momento en que un individuo se cree encargado de un mandato se hace autoritario para hacer ejecutar este mandato; denunciar á todos los representantes y mandatarios elegidos como otros tantos enemigos que importa aniquilar y arruinar moralmente, fijándose, sobre todo, en los diputados de la extrema izquierda, en los representantes del partido radical y en los diputados obreros ó cuyas candidaturas han obtenido la protección de los comités obreros, acusándolos de convertir al proletariado en escabel electoral para hacerse burgueses, etc.; tal es el plan de campaña *pacífico* que los anarquistas vienen desarrollando en sus Congresos de Londres, Lausana y Ginebra, y en sus periódices el *Revolté*, el *Droit social* y la *Revolution sociale*.

Las doctrinas anarquistas no han penetrado en las clases obreras de Francia. Sus propagandistas han podido comprometer á algunos desgraciados trabajadores extraviados por la miseria, que les han seguido sin saber á donde se les quería conducir; pero éstos han sido siempre raras excepciones, como es de esperar que lo seguirán siendo, mientras la República continúe

Digitized by Google

su política de libertad, esforzándose por dar satisfacción á las reivindicaciones legitimas de los obreros, considerando el cumplimiento de las reformas sociales como el más imperioso de sus deberes, y castigando con energía á los criminales que turben la paz pública.

A. BÉRARD.

***

De la influencia contagiosa de la publicidad de los hechos criminales (*Archives d'anthropologie criminelle*, tomo 8.º, núm. 48, páginas 565-580).

La prensa périódica contribuye á producir nuevos delitos divulgando los que se cometen y relatando los detalles de su comisión.

El Dr. P. Garnier decía, en el Congreso de Bruselas (1892), que cuando la prensa, con la precisión y la brutalidad de detalles que exige la información moderna, propaga por todas partes la noticia de un delito, todos los espíritus se sienten sobrecogidos. Esta emoción se calma después para la generalidad, pero algunos continúan poseídos por ella. El hecho los impresiona fuertemente, su espíritu se detiene en él y hacen esfuerzos inútiles para desecharlo; así empieza la obsesión. En estos casos, el lugar de la provocación objetiva lo ocupa el choque moral sentido por la lectura de los detalles conmovedores del crimen.

Pueden citarse muchos delitos cometidos por esta causa. Georget y Esquirol, después del célebre proceso de Enriqueta Cornier, divulgado por los periódicos, fueron consultados muchas veces por hechos de la misma naturaleza. Krafft-Ebing dice que la vista de una ejecución capital, el relato palpitante de un asesinato, bastan para despertar el deseo irresistible de verter sangre. Ladame afirma que después del proceso de la Lamberdi, observó muchas madres que querían matar á sus hijos como aquélla había hecho. Marc cuenta que una muchacha de ocho años intentó matar á sus padres después de haber leído un pasaje en que se hablaba de una mujer que había apuñaleado á un hombre. Tras los atentados de Freschi y d'Aliband, en 1839, entraron en el hospicio de Bicetre un gran número de locos perseguidos por ideas regicidas.

Durante algunos meses hemos vivido bajo el terror de la dinamita. Reflexionando en ello, lo extraño es que los atentados no sean más numerosos, en vista de las excitaciones al asesinato que se leen en los periódicos anarquistas. Estas lecturas sólo ofrecen poco peligro para un individuo perfectamente equilibrado; pero si se las esparce en el medio obrero, donde el alcohol hace tantos estragos y donde la semilla encuentra excelente terreno de cultivo, se desarrolla poderosamente y da los resultados que se sabe.

La influencia nefasta de la prensa no se deja sentir sólo en los degenera-

Digitized by Google

dos y en la génesis de los delitos que se llaman políticos, sino que se extiende también á individuos completamente responsables. En los profundamente malos, las descripciones de los periódicos no pueden por menos de producir un efecto desastroso. La idea en ellos removida por azar, se consolida, reforzada todos los días por nuevos relatos de crímenes presentados con gran lujo de detalles é ilustrados con grabados. No es posible escapar en la calle á esta sugestión, mucho más peligrosa que la de las imágenes pornográficas; por todas partes nos persigue. Una vez penetrado el individuo malo de la idea del homicidio, habituado, por decirlo así, á la vista de la sangre y á la emoción del cadáver, y conocedor de la manera más fácil de desembarazarse de un enemigo, no titubeará un instante, cuando la ocasión se le presente, en cometer uno de esos delitos llamados pasionales ó de cualquier otra clase.

Los hombres casi normales no se sustraen tampoco por completo á la influencia de que hablamos, y los que ejercen el crimen por profesión se valen de los periódicos para perfeccionarse en su arte, aprendiendo lo que sus camaradas hacen. Varios ejemplos lo demuestran: Augusto Drevelle, de dieciséis años, asesinó á su patrono; sólo hablaba de crímenes y causas célebres; había comprado el album del Museo Grevin, que representaba un asesinato y aspiraba á ser un criminal notable y del que hablaran los periódicos. Al crimen de Marchandon siguió á poco el de Gamahut, y ambos se parecían mucho. Tete d'or tenia en su casa la vida de Cartouche y las hazañas de Mandrin. Luciano Morisset leía continuamente á Lacenaire. Le Maire mataba para que saliera su nombre en los periódicos. Voirbo *imitó* al crimen de Avinain; había conservado con cuidado todo lo que los diarios decían de él.

Es innegable que el relato de los delitos, tal como la prensa lo hace, es peligroso. Muchos autores lo han dicho, y entre ellos merecen ser recordados Próspero Lucas, Legrand du Saulle y P. Moreau de Tours. ¿Qué debe hacerse para combatir el mal que la prensa hace inconscientemente todos los días?

Prescindo por completo de los escritos anarquistas, porque me es imposible admitir que no se pueda suprimirlos cuando se quiera, en vez de limitarse de tiempo en tiempo á condenar á un gerente á algunos años de prisión. Me ocuparé sólo en la reproducción por los periódicos del relato de los delitos y de los debates de las Audiencias. Me parece fácil impedir que sean nocivos. Para ellos hay dos medios: uno poco práctico y otro ya experimentado.

El primero sería una ley que prohibiera á los periódicos, con ciertas reservas, el relato de los crímenes y de los hechos de los asesinos. Pero sería difícil obtener esta ley; y además, para ser eficaz, debería tener un carácter internacional.

El segundo sería que los periodistas de todas los naciones se pusieran de acuerdo para seguir el ejemplo de los de Suiza, que han convenido en no pu-

Digitized by Google

blicar más que una breve noticia de los asuntos criminales. M. Radiffe hizo más, porque cerró por completo las columnas del *Morning Herald* al relato de delitos y de casos de locura. No es menester llegar á tanto.

Los periodistas franceses y de otros muchos países están muy lejos de seguir la conducta de sus colegas de Suiza. Cuentan el crimen con todos sus detalles; hacen del criminal un personaje importante, refiriéndonos todos los incidentes de su vida, sus frases, etc., etc.; en una palabra, lo hacen en extremo interesante, y no saben hablar sino de sus últimos hechos. De la víctima apenas se acuerdan. En vez de esto, debería convenirse en decir solamente: el día del delito; Fulano de tal ha hecho tal cosa; el día del juicio oral: Fulano de tal ha sido condenado á tal pena; el día de la ejecución: Fulano de tal ha sido ejecutado en tal parte. Ni una palabra más debería decirse del criminal ni de su crimen, ni de sus últimas palabras, ni del valor extraordinario que ha demostrado en el momento de la ejecución, ni de los versos que ha escrito en la cárcel para distraerse, ni de sus *interviews*. Si los periodistas llegaran á este acuerdo y suprimieran de sus periódicos la *Sección de Tribunales*, habrían hecho una buena obra, y no disminuirían la tirada consagrando su talento á cosa más provechosa.

P. AUBRY.

***

Limitación del grado de parentesco en las sucesiones legítimas
(*La Scienza del diritto privato*, tomo 1.º, núm. 1, págs. 49 56).

La Novela 118 de Justiniano reformó el sistema sucesorio romano, llamando á los parientes sin limitación de grado, y al Estado sólo cuando no hubiera parientes de ninguna clase. Esta disposición se fundaba sobre el principio del parentesco legítimo, que no cesa por la distancia de grado.

Las legislaciones modernas, por el contrario, han fijado un cierto grado de parentesco, fundándose en que, cuando es remotísimo, no existen sentimientos de afección entre el *de cujus* y sus parientes, faltando, por tanto, la base de la sucesión legítima, que es la voluntad presunta del muerto, y en la dificultad de la prueba, que daría lugar á pleitos ruinosos para los particulares.

El Código Napoleón fijó en el *duodécimo* grado en la línea colateral, el límite extremo de la sucesión legítima; límite demasiado remoto y contrario á las costumbres de la sociedad moderna, en la cual se atenúa grandemente el vínculo de la sangre hasta su completa extinción.

En Italia siguieron al Código Napoleón, el de las Dos Sicilias y el de los Estados Sardos: pero la legislación toscana dió un paso adelante estableciendo como límite extremo el décimo grado. En la compilación del Código

Digitized by Google

vigente se discutió mucho el problema, proponiendo la comisión de Nápoles el grado séptimo, por la dificultad de la prueba y la flojedad de los vínculos de afecto de la familia más allá de dicho grado, y por la conveniencia económica de que, en vez de dilapidar los bienes del difunto personas desconocidas y acaso enemigas suyas, pasen al dominio del Estado. El Proyecto Pisanelli, aceptando estas razones, propuso el grado noveno, y la Comisión del Senado lo extendió hasta el *décimo*, como más propio para conservar la igualdad entre las dos líneas y más conforme con los precedentes del sistema toscano.

No han faltado censuras á esta disposición antisocial y anticientífica del Código italiano, porque no hay motivo para crear la espectativa de la sucesión cuando falta el incentivo del afecto, que es su causa y medida. Rodiere y Huc señalan como límite extremo al derecho sucesorio el grado octavo. Laurent propone el sexto y después deferiría la herencia al Estado, formando un fondo especial de reserva destinado á la instrucción y educación de las clases pobres.

Nosotros preferiríamos que se fijara el grado *cuarto* como límite á la devolución total de la herencia á los colaterales: el *sexto*, para la devolución de la herencia, mitad al Municipio en que estaba domiciliado el *de cujus* (no al Estado) y mitad á los parientes: el *octavo*, para la devolución de la herencia en la proporción de dos tercios al Municipio y un tercio á los parientes, y después del grado *octavo*, devolución total al Municipio. Este debería constituir con los bienes un fondo especial de reserva, destinado á la instrucción y educación de las clase desacomodadas y á su socorro bajo la forma de fomento al trabajo, asignando una parte á las cajas-pensiones para los obreros viejos é inhábiles, y otra parte á los hospicios y hospitales locales en que se encontraba acogido el *de cujus* ó en que habría tenido el derecho de acogerse gratuitamente.

Las razones que nos hacen desear esta reforma se pueden resumir como sigue:

1.° Más allá del octavo grado, las pruebas del parentesco se hacen casi siempre muy difíciles y pueden originar largos, graves y ruinosos pleitos.

2.° Los vínculos de la sangre, que es menester tener en cuenta en las sucesiones legítimas, porque son las que dan vida y vigor á los sentimientos de afecto, más allá del grado octavo, languidecen y se debilitan.

3.° El derecho á los bienes no se funda ni aun en una reciprocidad de deberes.

4.° La disolución de la familia, de que nace el derecho sucesorio, se ignora de ordinario entre parientes después del octavo grado.

5.° Después del octavo grado se encuentran personas desconocidas ó enemigas, á las cuales no se puede suponer que el difunto haya querido entregar su patrimonio.

Digitized by Google

6.° Más allá del grado octavo existe, por parte de los herederos, una adquisición de riqueza, sin fatiga ni mérito, que les da medios para vivir ociosamente, con desventaja para ellos y para la sociedad.

7.° Reservando al Municipio los bienes de los difuntos más allá del grado octavo, se crearía en provecho de las clases desacomodadas una inagotable masa colectiva que supliría con el sobrante de los unos á las faltas de los otros, y borraría en gran parte las desigualdades del reparto de los bienes, sin abolir, no obstante, la propiedad individual.

A. Tortosi.

Digitized by Google

INDICE

I.—Estudios generales y Filosofía del Derecho.

Páginas.

Buylla (D. Adolfo).—La cuestión obrera y las leyes..... 23 y 528

Arias de Velasco (D. Jesús).—El derecho y la caridad..... 44

Girón (D. Joaquín).—Los Juzgados municipales y el Notariado..... 105 y 250

Rojas (D. Heliodoro).—Derecho de occisión..... 180

Ruiz Capdepón (D. Trinitario).—Reformas que exige el estado de nuestra legislación penal, hipotecaria, notarial y penitenciaria, y organización judicial..... 194

Gómez del Campillo (D. Francisco).—Consideraciones sobre el derecho egipcio..... 289

Darras (D. Alcides).—El movimiento legislativo en materia de propiedad intelectual en las naciones de lengua española y portuguesa..... 376

II.—Derecho civil.

Charrín (D. Acacio).—Evicción y saneamiento rigiendo el Código civil, de una venta celebrada con anterioridad á la publicación de éste..... 63

Manresa (D. José María).—Si el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo que le legó su consorte en testamento anterior al Código civil, y además al que le concede la ley..... 80

Morell (D. José).—Jurisprudencia sobre el art. 811 del Código civil..... 90

—— **Mejoras**..... 259 y 557

Digitized by Google

Páginas.

La Redacción.—Código civil.—Doctrina del Tribunal Supremo en los diferentes casos sometidos á su resolución..... 116 y 388

Porcel (D. José).—Estudio sobre la patria potestad..... 228 y 584

Soto (D. José María).—Estudios sobre expropiación forzosa..... 320

Buitrago (D. J.).—Las órdenes religiosas.—Su existencia legal y capacidad civil en España..... 462

Roda (D. Cecilio).—Jurisprudencia civil..... 513

III.—Derecho mercantil.

Maján (D. Manuel).—Interpretación de los artículos 224, 228 y 229 del Código de Comercio..... 58

—— Estudio sobre la rescisión del contrato de compañía colectiva..... 522

Ucelay (D. Enrique).—Reformas en la legislación de Bolsa.... 70

IV.—Derecho penal.

Dorado (D. Pedro).—Problemas de derecho penal..... 5 y 161

V.—Derecho político.

Posada (D. Adolfo).—Los orígenes de las constituciones escritas. 439

VI.—Derecho procesal.

González del Alba (D. Primitivo).—¿Puede ejercer la abogacía el letrado contra el que se haya dictado auto de procesamiento?..... 100

Covián (D. Víctor).—Procedimiento civil de España.—Ensayos sobre sus reformas..... 121

Vida (D. Jerónimo).—Revista extranjera:

—— El contrabando y su lugar en el derecho penal..... 397

—— Las reformas al Código de procedimiento penal..... 405

—— ¿Puede ser nombrada heredera fiduciaria una persona moral? .408

—— La publicación de las leyes..... 409

—— Los monopolios de naturaleza comercial..... 410

—— Sobre si los acreedores del marido pueden embargar los frutos de los bienes dotales..... 412

—— De la definición del delito..... 414

—— El castigo de la mendicidad y de la vagancia..... 613

—— Los hombres y las teorías de la anarquía..... 618

Digitized by Google

Páginas.

—— De la influencia contagiosa de la publicidad de los hechos criminales..... 622
—— Limitación del grado de parentesco en las sucesiones legítimas..... 624

Martínez del Campo.—Instituciones especiales dadas á los Fiscales de Audiencia..... 356

Aguilar (D. Antonio).—Organización de Tribunales..... 498

VII.—Literatura y bibliografía jurídicas.

Dorado (D. Pedro).—Sul pagamento dei salari..... 158
—— Il duello dei camorristi..... 159
—— La negazione del libero arbitrio e la responsabilità penale.. 420
—— La teoria psicologica della diffamazione..... 421

González del Alba (D. Primitivo).—Dictamen de la Comisión nombrada por el Congreso en la proposición de ley relativa á la suspensión de pagos y quiebras..... 154
—— Folletos y Revistas..... 155
—— Sentencia dictada por la Audiencia de la Habana en la causa por muerte de D Antonio Casademunt..... 155
—— Proceso ante el Jurado de Bogotá..... 155
—— Revistas americanas de derecho y legislación..... 156
—— La rabassa morta y el desahucio aplicado á la misma..... 156
—— El juicio ejecutivo..... 157
—— Tratado elemental del derecho de obligaciones, según el Código civil español..... 158
—— Código civil español..... 429
—— Memoria elevada al Ministro de Gracia y Justicia sobre reformas en las leyes de Enjuiciamiento civil y criminal y en la del Jurado..... 430
—— Daños y perjuicios.—El art. 4037 del Código civil de Buenos Aires..... 431
—— Estadística de la Administración de justicia en lo civil durante el año 1891..... 431
—— Folletos y Revistas..... 431
—— Revistas americanas..... 432
—— Tratado de Medicina legal..... 432

Morell (D. José).—Acta Torrens..... 433

Posada (D. Adolfo).—Etude sur le projet de loi autrichien concernant le droit d'auteur..... 154

Digitized by Google

Páginas.

—— La génesis y la evolución del derecho civil según los resultados de las ciencias antropológicas é histórico-sociales..... 417

Ramos (D. Rafael).—La movilización de la propiedad.—El acta Torrens..... 453

S.—Las bases económicas de la constitución social. 436
—— Las leyes sociológicas..... 437
—— La cuestión social es una cuestión moral 438

Ureña (D. Rafael).—Instituciones de Derecho mercantil, (tomo 4.º).... 447
—— Apuntes acerca de los Tribunales de Comercio y su establecimiento en España..... 448
—— La société anonime en droit alleuvand 448
—— Congrès international de Droit maritime á Gênes 451
—— Del concordato amichevole..... 452
—— Instituciones de Derecho mercantil, (tomo 5.º)..... 423
—— Annuario dello Instituto di Storia del Diritto romano..... 424
—— Frammenti giuridici é osservazioni al Codice civile..... 426

VIII.—Variedades.

Vida (D. Jerónimo).—Crónica..... 392

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google